

Kravet til «selvstendig enhet» ved virksomhetsoverdragelse



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 559
Leveringsfrist: 25. april 2012

Til sammen 16 382 ord

24.04.2012

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Virksomhet eller del av virksomhet – kravet til selvstendig økonomisk enhet	2
1.2	Overføring	2
1.3	Identitetskravet	3
1.4	Problemstilling	4
1.5	Avgrensninger	5
1.6	Hvorfor stilles det krav til selvstendig enhet?	6
1.7	Rettskildebildet	8
1.7.1	Aml. § 16-1	8
1.7.2	EUs rådsdirektiv 2001/23/EF	9
1.7.3	Forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 1977 og 2005	10
1.7.4	Norsk rettspraksis	10
1.7.5	EU- domstolen/ EFTA- domstolen - avgjørelser og rådgivende uttalelser	11
1.7.6	Juridisk teori	12
1.8	Begrepsavklaring – Virksomhet, del av virksomhet, selvstendig enhet og selvstendig økonomisk enhet	12
1.9	Videre fremstilling	13
<u>2</u>	<u>ANVENDELSESOMRÅDE</u>	<u>14</u>
<u>3</u>	<u>TIDSPUNKTET FOR VURDERINGEN</u>	<u>16</u>
3.1	Hva blir overført – gjenstand for overføring av selvstendig enhet	16
3.2	Er den selvstendige enhets identitet i behold etter overføringen?	18

<u>4</u>	<u>UTVIKLINGEN I RETTSPRAKSIS – FRA AKTIVITETSOVERDRAGELSE TIL ENHETSOVERDRAGELSE</u>	<u>18</u>
4.1	Utviklingen i EU - domstolen	18
4.2	Utviklingen i norsk rettspraksis	25
<u>5</u>	<u>SELVSTENDIG ENHET - KRAVET TIL STABILITET, OPERASJONALITET OG TILSTREKKELIG STRUKTURERT OG SELVSTENDIG</u>	<u>28</u>
5.1	Innledende	28
5.2	Kravet til stabilitet	30
5.3	Kravet til operasjonalt	33
5.4	Tilstrekkelig strukturert og selvstendig	34
<u>6</u>	<u>SELVSTENDIG ENHET ETTER KLARE ORGANISATORISKE EGENSKAPER</u>	<u>37</u>
<u>7</u>	<u>SELVSTENDIG ENHET PÅ OPERASJONELT GRUNNLAG - MOMENTER FRA RETTSPRAKSIS</u>	<u>38</u>
7.1	Generelt	38
7.2	Helhetsvurderingen	39
7.2.1	Type aktivitet	40
7.2.1.1	Aktivbasert virksomhet	41
7.2.1.1.1	Aktiva tilhørende tredjemann	42
7.2.1.1.2	Krav til verdi?	43
7.2.1.1.3	Særlig om immaterielle aktiva	43
7.2.1.1.4	Momentets vekt	44
7.2.1.2	Personellbasert virksomhet	44
7.2.1.2.1	Hoveddelen av ansatte	45
7.2.1.2.2	Kvalifikasjoner og kompetanse	47
7.2.1.2.3	Krav til uavhengighet?	48
7.2.1.2.4	Momentets vekt	48
7.2.2	Organisasjonsform og struktur	48

7.2.3	Instruksjonsmyndighet - selvstendighet	49
7.2.4	Lokalisering	50
7.2.5	Den overdragende aktivitets omfang	51
7.2.6	Omgåelsesmoment	52
7.2.7	Tidsmomentet	53
8	KONKLUSJON	53
9	LITTERATURLISTE	56
9.1	Lovgivning	56
9.2	Forarbeider	56
9.3	EU/ EØS regelverk	56
9.4	Litteratur	57
9.5	Rettspraksis	57
9.5.1	Høyesterett	57
9.5.2	Lagmannsrettsavgjørelser	57
9.5.3	EU- domstolen	58
9.5.4	Britisk domstol	58
9.6	EFTA- domstolen	58
9.7	Disposisjoner	59
9.8	Artikler	59
9.9	Annet	59

1 Innledning

Arbeidslivet kan til tider være veldig uforutsigbart. Nedbemanning, omorganisering, kjøp og salg av virksomheter er ikke unaturlig og kan medføre store endringer for arbeidstakere. I norsk rett har arbeidstakernes stillingsvern historisk sett stått sterkt, og gjennom arbeiderbevegelsen har balansen mellom arbeidsgivers styringsrett og arbeidstakernes vern blitt opprettholdt. Dagens lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.¹ (heretter aml.) gir arbeidstakere vern mot overgrep fra arbeidsgiver i en rekke tilfeller. Det stilles for eksempel krav til at oppsigelser skal ha saklig grunn og at arbeidsgiver skal sikre et godt og sunt arbeidsmiljø.

Arbeidsmiljøloven gir også vern i de tilfeller hvor to virksomheter slår seg sammen. En slik sammenslåing kan ha flere grunnlag, men som en samlebetegnelse bruker loven «virksomhetsoverdragelse». Ved en virksomhetsoverdragelse gir arbeidsmiljøloven arbeidstakerne en rekke rettigheter, hvor den sentrale virkningen er at den nye arbeidsgiver tar over de arbeidstakere som er omfattet av overdragelsen. I aml. finner vi bestemmelsene om virksomhetsoverdragelse i kapittel 16.

I norsk rett har det tradisjonelt vært oppstilt tre vilkår² som må være oppfylt for at det sies å foreligge en virksomhetsoverdragelse. Ved en virksomhetsoverdragelse er utgangspunktet at tidligere arbeidsgivers rettigheter og plikter som følger av et arbeidsforhold som fortsatt eksisterer på tidspunktet for overdragelsen, overføres til den nye arbeidsgiveren, jf. aml. § 16-2 første ledd.

¹ Se lov av 17 juni 2005 nr 62

² Se HR-2011-2393-A premiss 47, 48 og 49

1.1 Virksomhet eller del av virksomhet – kravet til selvstendig økonomisk enhet

Etter aml. § 16-1 stilles det krav til at den del av virksomheten som overføres er en selvstendig økonomisk enhet. Ved overdragelse av hele virksomheten oppstår det normalt ikke problemer med dette vilkåret. Spørsmålet kommer på spissen i de tilfeller der en del av virksomheten skilles ut. I teorien er spørsmålet formulert slik at det ikke er tilstrekkelig at aktiviteten overtas for at det skal foreligge en virksomhetsoverdragelse, men at *«det i tillegg til aktiviteten overføres en selvstendig enhet fra en arbeidsgiver til en annen som i hovedsak muliggjør denne fortsatte aktiviteten»*³. Dette vilkåret vil i særlig grad drøftes videre.

1.2 Overføring

Loven stiller krav til at overdragelsen er skjedd ved en overføring til en annen arbeidsgiver. Med dette menes at det må foreligge en rettsstiftende disposisjon som grunnlag for overdragelsen⁴. Det må skje en utskiftning av det fysiske eller juridiske rettssubjektet som driver virksomheten. I den forbindelse må det påpekes at salg av aksjer i et selskap er ikke tilstrekkelig for at det kan sies å ha skjedd en overføring i bestemmelsens⁵ betydning⁶. Dette er fordi den juridiske ansvarlige enheten som selskapet er, vil bestå uavhengig av aksjonærsammensetningen. Videre har EU-domstolen uttalt i Süzen- saken⁷ at:

«Det forhold, at en virksomhet må afgive udførelsen af en tjensteydelse til en konkurrent, er således ikke i seg selv tilstrækkelig til, at der i henhold til direktivet er tale om en overførsel»

Denne uttalelsen medfører at et tap av for eksempel et anbud i seg selv ikke er tilstrekkelig for at det skal være tale om en virksomhetsoverdragelse. Men etter en

³ Se Dege s 760

⁴ Se kommentarutgaven fra rettsdata note 632

⁵ Se aml. § 16-1

⁶ Se Fougner s. 169 – merk at det kan stille seg annerledes ved innmatsalg i av selskap.

⁷ Se sak C-13/95 premiss 16

nærmere vurdering kan slike situasjoner også omfattes, dersom de øvrige vilkår er oppfylt.

Begrepet omfatter således mer enn kun kjøp og salg av virksomheter, slik at arv, gave, fusjon og fisjon blant annet er omfattet og dette vilkåret medfører sjeldent særlige problemer i praksis⁸.

Det må kort bemerkes at trepartsforhold også omfattes av reglene⁹. Typiske eksempler på dette er anbudssituasjoner, der selskap A taper et anbud som de tidligere har hatt til B for facilitytjenester til selskap X. Ansatte i selskap A, kan dersom vilkårene er oppfylt, gjøre gjeldene de rettigheter som aml. kapittel 16 gir dem overfor selskap B. Dette medfører at også anbudssituasjoner kan være omfattet av reglene om virksomhetsoverdragelse.

1.3 Identitetskravet

Etter aml. § 16-1 stilles videre et krav til at enheten har bevart sin identitet etter overdragelsen. Vurderingen vil bero på en konkret helhetsvurdering av en rekke momenter. Den grunnleggende avgjørelse fra EU- domstolen er Spijkers- saken, hvor en rekke momenter i vurderingen kommer frem. Det bemerkes her at momentene i denne avgjørelsen også vil ha betydning for vurderingen av kravet til selvstendig enhet.

De fleste avgjørelser som er behandlet nasjonalt og gjennom EU- og EFTA- domstolene dreier seg om hvorvidt enheten har bevart sin identitet etter overføringen. Etter praksis fra EU- domstolen og EFTA- domstolen referer identitetskravet seg både til den aktivitet som utføres og til selve substansen i enheten¹⁰.

Vurderingen retter seg mot at enheten har bevart sin identitet, slik at forholdene før og etter overføringen må holdes opp mot hverandre. Den sentrale vurderingen knytter seg

⁸ Se kommentarutgaven fra Rettsdata, note 632

⁹ Se for eksempel sak C-172/99 og sak E-2/95

¹⁰ Se blant annet saker C-173/96 og E-3/96

til hvorvidt de karakteristika som tilsier at det foreligger en selvstendig økonomisk enhet før overføringen er i behold etter overføringen. Identitetsvilkåret og kravet til selvstendig enhet må således ses i sammenheng.

Et nødvendig, men ikke tilstrekkelig vilkår, er at det overtagende selskap fortsetter tilnærmet samme aktivitet som enheten utførte før overføringen¹¹.

1.4 Problemstilling

Problemstillingen for denne oppgaven er hva som ligger i kravet til selvstendig enhet ved virksomhetsoverdragelser, med særlig vekt på de tilfeller der kun en del av virksomheten overføres? Et praktisk eksempel der problemstillingen kommer på spissen er det tilfellet der selskap Y ønsker å sette bort sin kantine til et eget profesjonelt kantinedriftsselskap X.

Det oppstår her tre hovedspørsmål for å avgjøre om dette tilfellet omfattes av reglene om virksomhetsoverdragelse. For det første må det avgjøres om de omstendigheter som er del av overføringen av kantinen i selskap Y, i seg selv utgjør en selvstendig økonomisk enhet. For det andre må det avgjøres om det har skjedd en overføring, og for det tredje må man vurdere om den klarlagte enheten i selskap X har bevart sin identitet. Oppgaven vil for dette tilfellet dreie seg om hvorvidt kantinedriften kan utgjøre en selvstendig enhet hos selskap Y.

Når det gjelder selve problemstillingen vil det på generelt grunnlag bli to hovedspørsmål. For det første må det avgjøres om det er en selvstendig enhet som er gjenstand for overføring og for det andre må det avgjøres om den selvstendige enhets identitet er i behold etter overføringen.

¹¹ Se for eksempel sak E-3/96 premiss 22

1.5 Avgrensninger

Avhandlingen vil i hovedsak rette seg mot de tilfeller der kun en del av virksomheten overføres på bakgrunn av en kontrakt, da dette anses mest praktisk. Overførsel på bakgrunn av konkurs vil ikke bli behandlet nærmere, av hensyn til avhandlingens omfang. Ved overførsler i det offentlige kommer aml. kapittel 16 til anvendelse, men av samme begrunnelse vil heller ikke særspørsmål rundt slike overføringer bli behandlet her.

Etter at den økonomiske enheten er klarlagt, oppstår spørsmålet om hvilke medarbeidere som omfattes av enheten. De enkelte arbeidstakernes tilknytning til enheten¹² vil kun kort behandles i den videre fremstilling, da dette ville gjort avhandlingen for omfattende.

Virksomhetsoverdragelse ved sjøtransport vil ikke behandles nærmere. I rådsdirektivet er «seagoing vessels» unntatt¹³. Sjømannsloven¹⁴ gjelder etter norsk rett for disse tilfeller, og reglene i denne loven om virksomhetsoverdragelser vil ikke behandles. Det er nedsatt et utvalg¹⁵ som går igjennom dagens lovverk for sjømenn med tjeneste på sjøgående skip, men etter min kunnskap vil det ikke anbefales endringer av betydning. Det antas derfor at dagens rettstilstand på området vil trolig bestå.

Hvilke arbeidstakere som har rettigheter etter bestemmelsene om virksomhetsoverdragelse i aml. kapittel 16, vil ikke behandles nærmere. Bakgrunnen for dette er at temaet er svært omfattende¹⁶.

¹² For mer informasjon om temaet, se Martin Jetlunds artikkel i «Arbeidsrett og arbeidsliv» bind 4 side 295 flg.

¹³ Se direktiv 2001/23/EF art 1.1.c. punkt 3

¹⁴ Se Lov av 30. mai 1975 nr. 18

¹⁵ Sjømannslovutvalget, «Offisielt fra statsråd 18. november 2011», punkt 3

¹⁶ For videre informasjon om dette emnet vises det til Jetlunds artikkel.

1.6 Hvorfor stilles det krav til selvstendig enhet?

Å fastlegge rammene for selvstendig enhet vil ha betydning særlig i tre relasjoner. For det første vil det være avgjørende for vurderingen av identitetsvilkåret, ved at forholdene før og etter overføringen må ses i sammenheng. For det andre vil det sette visse minimumsrammer til enhetens stabilitet, operasjonalitet og selvstendighet. For det tredje har avgjørende betydning for hvilke arbeidstakere som har rettigheter etter bestemmelsene i aml..

I praksis foretas det ofte en sammenblanding av de vilkår som er nevnt over. Kravet til selvstendig enhet inngår som regel som en del av identitetsvurderingen. Et eksempel finnes i «Gate Gourmet- avgjørelsen». Tvisten gjaldt i hovedsak om det forelå en selvstendig enhet hos LSG. Ved behandlingen av spørsmålet, foretar Høyesterett en samlet vurderingen av både identitetsvilkåret og kravet til selvstendig enhet.

For å avgjøre om identiteten er i behold, må man sammenligne forholdene før overdragelsen med forholdene etter. Dette fremgår av den aml. § 16-1 som påpeker at identiteten til den selvstendige enhet må være i behold etter overføringen.

Identitetsvurderingen knytter seg altså til den selvstendige enheten. Den samme slutningen kan også trekkes fra EFs rådsdirektiv¹⁷. Den aktivitet som virksomheten utøver vil være en del av enhetens identitet. Aktiviteten vil etter dette være et moment i identitetsvurderingen¹⁸. Det avgjørende er om de forhold som kjennetegnet virksomheten før overføringen fortsatt eksisterer etter overføringen. Identitetsvilkåret kan som klart utgangspunkt ikke vurderes uten å vite hva man skal vurdere identiteten opp mot. I rettspraksis har man langt på vei sett bort i fra denne inndelingen, og heller foretatt en samlet vurdering, som for eksempel i «Liikenne- avgjørelsen»¹⁹ hvor spørsmålet var om det ble overført en selvstendig økonomisk enhet. Retten la her avgjørende vekt på at det ikke var overført aktiva etter overføringen.

¹⁷ Se EUs rådsdirektiv 2001/23/EF

¹⁸ Se sak C/13/95premiss 15

¹⁹ Se sak C-172/99

I «Spijkers- saken»²⁰ er det opplistet flere momenter som skal inntas i helhetsvurderingen. I denne, og flere andre avgjørelser, er det imidlertid uttalt at listen ikke er uttømmende. Hvilke andre momenter som skal med i denne vurderingen er ikke lett å avgjøre. En viss veiledning finnes i praksis fra EU- domstolen. Der fremgår det at alle omstendigheter som kjennetegner transaksjonen skal vurderes²¹. Noen klar og tydelig veiledning gir dette ikke, men den synes å opprette en form for skille, vet at vurderingen er relativ ut i fra hvilken type virksomhet man står ovenfor.

I teorien er det anført at det må skilles mellom vurderingen av om det foreligger en økonomisk enhet og identitetsvurderingen²². Denne formuleringen er ikke fulgt i praksis. I «Gate Gourmet- dommen» foretok Høyesterett en samlet vurdering av både enhets og identitetsvilkåret. Bakgrunnen for at det foretas en sammenblanding kan langt på vei skyldes at «Spijkers- momentene» inngår i både vurderingen om det foreligger en selvstendig enhet og vurderingen av om identiteten er i behold etter overføringen. Momentene er langt på vei like, men som vist under er det sentrale forskjeller, særlig når det gjelder tidfesting av de ulike momentene.

Et annet forhold som må vurderes er hvilken vekt de ulike momentene skal ha. I Gate Gourmet dommen uttaler Høyesterett at vekten vil avhenge av hvilken type virksomhet det er snakk om. EU- domstolen har imidlertid ikke fastsatt noen vektnorm, med unntak av den Høyesterett har nevnt. Svaret på dette er således ikke klart²³.

Dette kan oppsummeres slik at det må oppstilles visse rammer for å avgjøre hva som er en selvstendig enhet, for så å vurdere om det foreligger en overføring. Deretter må resultatet av de rammene som er satt opp, settes opp mot situasjonen etter overføringen, og spørsmålet er dernest om identiteten til den selvstendige enheten er i behold etter overføringen. Videre setter kravet til selvstendig enhet en begrensning i forhold til enheten selv.

²⁰ Se sak C-24/85 premiss 15

²¹ Se for eksempel sak C-13/95 premiss 14

²² Se Mulder s 134

²³ Se Mulder s 138

1.7 Rettskildebildet

1.7.1 Aml. § 16-1

Som følge av at Norge gikk inn i EØS- samarbeidet i 1992²⁴, ble en rekke norske lover ble endret for å tilpasses den europeiske felleskapsretten. Den norske lovgivningen rundt virksomhetsoverdragelser følger således implementeringen av direktiver fra EU. De første reglene om virksomhetsoverdragelse som følge av EU- direktivene ble implementert i arbeidsmiljøloven av 1977. Det fremgikk av tidligere aml. § 73 A hvilke vilkår som måtte være oppfylt for at virksomhetsoverdragelse skulle foreligge:

«Bestemmelsene i dette kapittel kommer til anvendelse ved overføring av virksomhet eller del av virksomhet til en annen innehaver som følge av overdragelse»²⁵

Den samme ordlyden fremgår nå av gjeldene aml. kapittel 16, § 16-1. Kapittelet er en gjennomføring av et konsolidert EU direktiv²⁶, og presiserer den tidligere ordlyden i den opphevede arbeidsmiljøloven av 1977 § 73 A. EU- direktivet er i hovedsak et minimumsdirektiv²⁷, og det bemerkes at de norske reglene favner noe videre enn minsterettighetene som fastsettes i direktivet ved at omorganiseringer innfor det offentlige er omfattet i større grad enn direktivet. Omorganiseringer innenfor det offentlige er ikke omfattet av direktivet, jf. art. 1.1c. I henhold til forarbeidene²⁸ skulle et slikt unntak ikke implementeres i aml § 16-1. Lovteksten i dagens bestemmelse har følgende ordlyd:

«(1) Dette kapittel kommer til anvendelse ved overdragelse av en virksomhet eller del av virksomhet til en annen arbeidsgiver. Med overdragelse menes overføring av en selvstendig enhet som beholder sin identitet etter overføringen.

²⁴ Se Lov av 27. november 1992 § 7, i kraft 1. januar 1994.

²⁵ Se lov av 1977 nr 4 Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. § 73 A (versjon av 1998 – 04 – 30)

²⁶ Se direktiv 2001/23/EF

²⁷ Se Ot.prp. 79 (2000-2001) s. 5

²⁸ Se Ot.prp. 79 (2000-2001) s. 6

(2) §§ 16-2 og 16-4 får ikke anvendelse ved overdragelse fra et konkursbo.»

Presiseringen følger av bestemmelsens første ledd andre setning, som igjen er en kodifisering av rettspraksis fra EU- domstolen. Det må antas at denne presiseringen ikke skulle medføre endringer i rettstilstanden.

1.7.2 EUs rådsdirektiv 2001/23/EF

EUs rådsdirektiv 2001/23/EF avløste og opphevet de to tidligere EU- direktivene 77/187/EØF med senere endringer ved Rådsdirektiv 98/50EF. Direktivet innebar en nærmere presisering av de tidligere direktivene, og kodifiserte praksis fra EU- domstolen. Ordlyden i den gjeldende engelske versjon av direktivet er:

“1. (a) This directive shall apply to any transfer of an undertaking, business, or part of an undertaking or business to another employer as a result of a legal transfer or merger.

(b) Subject to subparagraph (a) and the following provisions of this Article, there is a transfer within the meaning of this Directive where there is a transfer of an economic entity which retains its identity, meaning an organized grouping of resources which has the objective of pursuing an economic activity, whether or not that activity is central or ancillary”. [mine understrekinger]

Det sentrale i denne bestemmelsen er at det må foreligge en organisert helhet av ressurser som har til formål å utøve en økonomisk aktivitet. Denne presiseringen er noe mer utførlig enn aml. § 16-1, men åpner fortsatt for flere tolkningsspørsmål.

Av særlig betydning ved tolkningen av direktivet fremgår det i fortalen at formålet med direktivet er å hindre at arbeidstakerne mister sine rettigheter på grunn av at virksomheten skifter innehaver²⁹. Formålet er gjentatt og lagt til grunn som en et

²⁹ Se fortalen punkt (3), dir. 2001/23/EF

tolkningsmoment til lovteksten i en rekke avgjørelser og rådgivende uttalelser fra EU-domstolen og EFTA-domstolen³⁰.

1.7.3 Forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 1977 og 2005

Forarbeidene til endring av den tidligere arbeidsmiljøloven, som følge av direktiv 77/187/EØF, har fortsatt relevans, men er av naturlige årsaker ikke i samsvar med den rettsutvikling som har skjedd på området.

Forarbeidene som følge av implementeringen endringsdirektivet, som følger av gjeldene arbeidsmiljølov har helt klart relevans ved vurderingen av hva som ligger i kravet til selvstendig enhet. Imidlertid overlates mye av tolkningen til domstolene³¹, slik at det som fremgår av forarbeidene ikke gir nevneverdig veiledning sett i forhold til den rettspraksis som foreligger på området.

1.7.4 Norsk rettspraksis

Norske domstoler har kun behandlet vilkåret til selvstendig enhet forholdsvis få ganger. Høyesterett behandlet vilkåret for første gang i «Gate Gourmet- saken»³². Saken gjaldt i korte trekk om, hvorvidt reglene om virksomhetsoverdragelse kom til anvendelse etter at cateringleverandøren LSG tapte et anbud utlyst av SAS, til fordel for Gate Gourmet. LSG hadde før dette levert cateringtjenester til SAS i en tiårsperiode. Rettskildemessig påpekes det at avgjørelsen er enstemmig.

Av lagmannsrettsavgjørelser ble vilkåret nylig behandlet i den såkalte «Kranfører-saken»³³. Denne saken ble anket inn for Høyesterett, men anken ble avvist³⁴. I det videre legges det til grunn at dommen har begrenset betydning, da lagmannsrettens

³⁰ Se for eksempel sak C-13/95 premiss 10

³¹ Se for eksempel NOU:2005 nr. 5 punkt 23.16

³² Se Hr-2011-2393-A premiss 50

³³ Se RG 2011 side 873

³⁴ Jf. HR-2011-2275-U med begrunnelse om at saken hverken hadde betydning utover den foreliggende sak, eller andre forhold tilsa at saken skulle fremmes.

forståelse av begrepet selvstendig enhet avviker fra den tolkning som Høyesterett har lagt til grunn i «Gate Gourmet- saken». Øvrige avgjørelser som er behandlet av lagmannsrettene og tingrettene, vil av plassmessige årsaker ikke behandles nærmere. Den sparsomme rettspraksis som finnes på området, legger i stor grad vekt på EU- og EFTA- domstolenes praksis og benytter rettsregler som kan utledes fra disse avgjørelsene.

1.7.5 EU- domstolen/ EFTA- domstolen - avgjørelser og rådgivende uttalelser

En svært relevant rettskilde som har utviklet ordlyden i rådsdirektivet, stammer fra EU- domstolen og må tillegges vesentlig vekt. Høyesterett har i Rt 1997 s. 1954 uttalt at avgjørelser og tolkningsuttalelser fra EU- og EFTA- domstolene utgjør «*sentrale rettskilder for forståelsen av direktivet*». Videre er det påpekt i Rt 2002 s 329 at praksis fra EU - domstolen/ EFTA skal «*tillegges stor vekt ved tolkningen av norsk lov*».

Norske domstoler kan, etter lov om domstolene³⁵ (heretter dl.) § 51 A, anmode EFTA- domstolen om en rådgivende uttalelse vedrørende tolkningen av EØS- bestemmelser. Denne tolkningsuttalelsen er ikke bindende for norske domstoler, men det skal nok mye til før norske domstoler avviker fra de uttalelser EFTA- domstolen kommer med. Dette må ses i sammenheng med en konform tolkning av felleskapsretten, og uttalelsene som det er referert til i avsnittet over. Videre må det merkes at EFTA- domstolen er bundet av å følge EU- domstolens avgjørelser, for å oppnå en EU- konform tolkning³⁶.

Høyesterett har til nå ikke oppstilt et skille mellom praksis fra EU- domstolen før inngåelsen av ODA- avtalen og de avgjørelser og uttalelser som er kommet etter dette tidspunkt³⁷.

I den forbindelse kan det fremheves at det ville været uheldig dersom norsk rettspraksis ikke tok hensyn til tidligere tolkningsuttalelser og avgjørelser. Som eksempel på at

³⁵ Se lov av 13. august 1915 nr. 5

³⁶ Se EØS avtalen art. 6 og ODA art. 3 nr. 2

³⁷ Se Sejersted m.fl., s. 92, i kraft 1.januar 1994

Høyesterett ikke har vektlagt dette skillet, kan her nevnes «Gate Gourmet- dommen», hvor Høyesterett aktivt bruker «Botzen- saken»³⁸ og «Spijkers- saken».

Praksis fra EU- og EFTA- domstolene må etter dette, tillegges stor vekt når kravet til selvstendig enhet skal behandles i det følgende. Generaladvokatenes innstillinger til sakene vil kun behandles der det er hensiktsmessig, da vekten av disse uttalelsene varierer³⁹. EU- domstolen er ikke bundet av forslagene fra generaladvokaten, og har fraveket disse i tidligere saker.

1.7.6 Juridisk teori

Det finnes lite nasjonal juridisk teori på området utover kommentarutgaver og oversiktsbøker. Av juridisk teori fra de øvrige Skandinaviske land finnes det imidlertid flere bøker, av Mulder og Klingsten samt kommentarutgave til den danske lov om virksomhetsoverdragelse. Videre har Catherine Barnard skrevet om emnet, samt Gavin Barrett. Den norske advokaten, Mona Næss i Arbeidsdepartementet, kommer med en bok om kort tid, men denne utgis ikke før etter denne avhandlingen er levert inn og er av den grunn ikke en del av kildemateriellet.

1.8 Begrepsavklaring – Virksomhet, del av virksomhet, selvstendig enhet og selvstendig økonomisk enhet

Begrepet «virksomhet» er tvetydig og kan etter en alminnelig forståelse bety både en utøvelse av en bestemt aktivitet og en enhet. Når aml. § 16-1 ses under ett, er begrepet «virksomhet» brukt i betydning enhet. Det nærmere innholdet i dette begrepet er presisert i annet punktum under betegnelsen «selvstendig enhet». «Selvstendig enhet» er således en samlebetegnelse for virksomhetsbegrepet, og avgjørende vil være om en påstått enhet kan anses som en «selvstendig enhet».

³⁸ Se sak C-24/85, avsagt 18. mars 1986. Se også Johansen og Stuelandm Arbeidsmiljøloven, kommentar og praksis s. 865

³⁹ Se Sejersted mfl. S. 135

Direktivet har ingen enhetlig definisjon av begrepet «virksomhet eller del av virksomhet», med unntak av presiseringen i rådsdirektivet artikkel 1.1b⁴⁰. Heller ikke Kommisjonens forslag inneholder noen nærmere definisjon av virksomhetsbegrepet⁴¹, annet enn at virksomhetsbegrepet skal beskrive en organisasjon for produksjon av varer og tjenester.

Den norske bestemmelsen knytter ikke aktiviteten til virksomhetsoverdragelsen. I rådsdirektivet 1.1.b brukes imidlertid ordet «activity» som direkte kan oversettes til «aktivitet». Det vil ikke være hensiktsmessig å gå inn på en nærmere drøftelse av dette, da EU- konform tolkning, tilsier at norske domstoler må legge til grunn den samme tolkning og metode som EU- domstolen anvender. Langt på vei har EU- domstolen lagt til grunn at de nasjonale domstoler skal vurdere hvorvidt en selvstendig enhet foreligger, basert på sin egen rettskildebruk.

I det siste endringsdirektivet ble begrepet «økonomisk enhet» introdusert. Dette er som nevnt en samlebetegnelse og har sin opprinnelse fra særlig sakene «Rygaard»⁴² og «Süzen». I de videre vil begrepene selvstendig enhet og selvstendig økonomisk enhet brukes om hverandre.

1.9 Videre fremstilling

I det videre vil anvendelsesområde for bestemmelsene om virksomhetsoverdragelse bli presentert, samt hvilket tidspunkt som må legges til grunn ved vurderingen av om det foreligger en selvstendig enhet.

Et sentralt poeng som behandles inngående er rettsutviklingen i EU- og EFTA-domstolene, i tillegg til den nasjonale rettsutviklingen. Av hensyn til avhandlingens omfang, vil kun enkelte avgjørelser brukes for å belyse dette tema.

⁴⁰ Se Mulder s 174

⁴¹ Se KOM (2000) s 259 av 2. mai 2000.

⁴² Se sak C-48/94

Hoveddelen vil rette seg mot på hvilke grunnlag det kan sies å foreligge en selvstendig enhet. I den forbindelse er det sentralt å vurdere rettspraksis fra EU- domstolen. Også vurderingstemaene i forhold til de ulike grunnlagene bli behandlet. Det bemerkes allerede nå, at for å unngå en dobbeltbehandling av momenter presenteres disse kun en gang. Som følge av at hovedvekten er lagt på selvstendig enhet ved overføring av en del av virksomheten, presenteres momentene under dette punktet.

2 Anvendelsesområde

Bestemmelsene om virksomhetsoverdragelse har på bakgrunn av EU- domstolens formålsorienterte tolkning har ført til at anvendelsesområde favner vidt. Det skal her helt kort settes noen rammer for hva som kan omfattes av kravet til selvstendig enhet.

Det kan ikke oppstilles et vilkår om at det er primæraktiviteten i selskapet som overføres. Et advokatfirma som outsourcer sin kantinedrift, kan ikke nå frem med en argumentasjon om at kantinedriften kun er av sekundærbetydning, ei heller at den fremstår som en upraktisk del av virksomheten⁴³. Dette er nå presisert i direktivets artikkel 1.1.b, hvor det nå fremgår at bestemmelsene kan anvendes der det både *«dreier seg om ... hoved- eller bivirksomhet»*.

EU- domstolen har fortolket kravet til økonomisk enhet i «Redmond Stichting-saken»⁴⁴. Her la domstolen til grunn at virksomheter som har ideelle formål også omfattes. En organisasjon som driver humanitært arbeid, er således omfattet av direktivet⁴⁵. Domstolen har imidlertid satt som krav at det må være snakk om en økonomisk aktivitet.

⁴³ Se sak C-392/92 premiss 11

⁴⁴ Se sak C-29/91

⁴⁵ Se Klingsten s. 31

Bakgrunnen for saken var at en ideell organisasjon som hadde til formål å yte bistand til rusmisbrukere og organisasjonens eneste inntektskilde var tilskudd fra det offentlige. Imidlertid mistet de sine økonomiske bevilgninger som ble overført til en annen organisasjon. EU- domstolen kom til at direktivet kunne anvendes i denne saken. Dommen er avsagt med det forbehold at begge organisasjonene må ha tilnærmet samme formål. Forbeholdet vil trolig ha liten effekt, ettersom de organisasjoner som konkurrerer om bevilgninger innenfor et formål, normalt vil arbeide innenfor samme område.

For virksomheter som driver agentur og forhandlervirksomhet har EU- domstolen behandlet spørsmålet i «Mercx- saken»⁴⁶. Her var spørsmålet om en enhet som har et agentur, men som mister dette, kan være omfattet av reglene om virksomhetsoverdragelse. EU- domstolen kom til at tap av agenturer kunne omfattes av reglene etter en konkret helhetsvurdering.

På generelt grunnlag har EU domstolen lagt til grunn i «Scattolon- saken»⁴⁷ at en selvstendig enhet *«omfatter enhver virksomhet, der består i at udbyde varer og tjenesteydelser på et bestemt marked»*⁴⁸. Det er påpekt i avgjørelsen at utøvelse av offentlig myndighet ikke kan omfattes av kravet til selvstendig enhet, men i de tilfeller offentlig myndighet drives i konkurranse med privat virksomheter som har et ervervsmessig formål. Saken gjaldt en renholder som fikk sitt arbeidsforhold overført fra en kommune til staten. Retten kom til at overføringen innebar en overdragelse i direktivets forstand, på bakgrunn av at renholdsaktiviteten var utsatt for konkurranse fra private.

⁴⁶ Se forente saker C-171/94 og C-172/94

⁴⁷ Se sak C-108/10

⁴⁸ Se sak C-108-/10 premiss 43

3 Tidspunktet for vurderingen

Etter aml § 16-1 og rådsdirektivet art. 1.1.b. kommer bestemmelsene til anvendelse der det skjer en overføring av en selvstendig enhet og denne enheten har sin identitet i behold etter overføringen. Dette gir en anvisning på en to- leddet vurdering, altså før og etter overføringen. Imidlertid viser praksis noe annet, ved at det som klar hovedregel ikke skilles mellom før og etter overføringen⁴⁹. Felles for Høyesterett og EU- domstolen er at det er resultatet av denne vurderingen som kommer frem i domspremissene, ikke selve oppdelingen. Men, for å komme til en konklusjon på spørsmålet om identiteten er i behold, er det klart at det må foretas en oppdeling. Noe forvirrende er det at begge domstoler uttaler at det alle momenter rundt overføringen er relevant. Dette tyder på at det hele beror på en sammenblanding av tidspunkter og momentene selv.

Det kan således skisseres to grenser for hvilke momenter som kan spille inn i vurderingen. For det første må det settes en grense til overføringen, og for det andre må det settes en grense til hvor langt tilbake i tid man kan gå for å finne momenter. Når det gjelder grensen til overføringen, sier det seg selv at alle momenter som foreligger frem til overføringen vil være relevant. Det sentrale er om det i det hele tatt har eksistert en operasjonell selvstendig enhet hos overdrageren. Det avgjørende er da hvilke momenter som foreligger ved tidspunktet forut for overdragelsen.

3.1 Hva blir overført – gjenstand for overføring av selvstendig enhet

Etter lovteksten kommer bestemmelsene til anvendelse ved overføring av en selvstendig enhet⁵⁰. Denne formuleringen knytter tidspunktet for vurderingen til hva som er gjenstand for overføringen, ikke om det utgjorde en selvstendig enhet før overføringen. En naturlig tolkning vil da være å vurdere om alle de omstendigheter som er gjenstand for overføring kan utgjøre en selvstendig enhet.

⁴⁹ Se for eksempel Gate Gourmet premiss 50

⁵⁰ Det samme følger av direktivet

I den juridiske teori er det lagt til grunn at det må foretas en vurdering av at det foreligger en selvstendig enhet før overføringen⁵¹. Med dette menes en isolert vurdering av forholdene forut for overføringen uavhengig av hva som blir overført. Mulder har i sin avhandling uttalt at det avgjørende er om det som faktisk overføres kan utgjøre en selvstendig enhet⁵².

EU- domstolen har imidlertid uttalt i flere av sine avgjørelser at alle omstendigheter omkring overførselen er relevante⁵³. Dette taler således for at alle forhold både før og etter overføringen er relevante ved vurderingen av om det er en selvstendig enhet som er overført.

På denne bakgrunn må det således antas, at vurderingen ikke bare kan knytte seg til om det foreligger en selvstendig enhet før overføringen. Det må også ses hen til hva som faktisk blir overført.

En viss avklaring kan imidlertid finnes i «Jouini- saken»⁵⁴. I avgjørelsens premiss 34 uttales at det skal etterprøves om det som er overført av overdrageren «... *hos ham udgjorde en operasjonell helhet*». Ved denne uttalelsen knytter EU- domstolen tidspunktet til om de overførte omstendigheter utgjorde en selvstendig enhet hos han. Det avgjørende blir da å se på hva som er blitt overført, for så å vurdere dette kan utgjøre en selvstendig enhet før selve overdragelsen.

Et annet spørsmål som da oppstår er hvor langt tilbake i tid man skal gå. Dersom enheten var organisert i team tre uker før overdragelsen men ved overdragelsen ble teamene oppløst ingen fast organisasjonsform eksisterer lenger, vil dette da være et moment av betydning?

⁵¹ Se Jakhelln, Kroken, Aune, Lenth s 1167

⁵² Se Mulder s 194

⁵³ Se for eksempel sak C-340/01 premiss 33

⁵⁴ Se sak C-458/05

Spørsmålet er ikke løst i rettspraksis, men flere hensyn tilsier at det bør være et relevant moment. Dersom momentet ikke skulle vært ansett relevant, vil en slik situasjon som er beskrevet lett kunne føre til en omgåelse av direktivet. På generelt grunnlag kan det sies at alle forhold forut for overdragelsen vil ha relevans, men dere vekt må vurderes konkret sett hen til formålet med reglene.

Det er således vanskelig å sette opp et bestemt skille i tid for hvilke momenter som skal tillegges vekt. En avgjørende del vil være å se på hva som ble overført for så å vurdere om dette kan utgjøre en selvstendig enhet hos overdrageren.

3.2 Er den selvstendige enhets identitet i behold etter overføringen?

Ved vurderingen av om identiteten er i behold, taler dette for en vurdering av forholdene etter selve overføringen, for så å sammenholde om det som er overført er tilstrekkelig for å si at identiteten er i behold.

Det må derfor foretas en konkret vurdering av det som faktisk ble overført og sammenholde dette med den situasjonen før overføringen. Dette medfører at kravet til selvstendig enhet og identitetsvurderingen griper inn i hverandre. Spørsmålet om enhetens identitet er i behold etter overføring, er ikke tema for oppgaven.

4 Utviklingen i rettspraksis – fra aktivitetsoverdragelse til enhetsoverdragelse

4.1 Utviklingen i EU - domstolen

Kravet til selvstendig enhet har blitt behandlet en rekke ganger av EU- domstolen. Av hensyn til oppgavens omfang vil kun et utvalg av avgjørelsene nevnes for å belyse utviklingen. Ved tolkningen av ordlyden i rådsdirektivets art 1.1.b. og aml. § 16-1, må det legges til grunn samme metode som EU- domstolen anvender. Dette innebærer at det må legges til grunn en dynamisk tolkning av kravet til selvstendig økonomisk enhet,

slik det er uttalt i «CILIFT – saken»⁵⁵. EU- domstolen fremhever her at alle bestemmelser må tolkes i lys av «*EF – rettens utviklingstrin på tidspunkt for de pågående bestemmelsers anvendelse*». Begrepet skal således tolkes i takt med tiden, og kan ikke ses på som et klart fastlagt begrep.

Videre må det også legges til grunn en formålstolkning av direktivet i samsvar med EU- domstolens metode. Domstolen har lagt til grunn et sosialt formål, der en arbeidstaker ikke skal miste sine rettigheter som følge av endringer i organisasjonen som følge av en virksomhetsoverdragelse⁵⁶.

Fra utgangspunktet i direktivets ordlyd «virksomhet eller del av virksomhet», har kravet til selvstendig enhet blitt til, og senere kodifisert. I den forbindelse er Generaladvokatens forslag til avgjørelse i «Redmond Sticking- saken»⁵⁷ av stor interesse. I sitt forslag, anførte generaladvokaten at det skulle legges til grunn en vid fortolkning av begrepet virksomhet, og som grunnlag for denne tolkningen ble det henvist til direktivets formål. Som praksis fra EU- domstolen vil vise nedenfor, har generaladvokatens fortolkning blitt lagt til grunn.

Som utgangspunkt nevnes «Spijkers- saken», som er den sentrale avgjørelsen fra EU- domstolen vedrørende tolkningen og anvendelsen av direktivets bestemmelser på virksomhetsoverdragelse. I avgjørelsens ble det presentert en rekke momenter som kunne vurderes i bred helhetsvurdering, ved fastleggelsen av enhetens identitet og om den enheten som overføres oppfyller kravene til økonomisk identitet⁵⁸. Momentene som er opplistet i avgjørelsen gir henvisning til en bred helhetsvurdering, og listen over momenter er ikke uttømmende.

⁵⁵ Sak C-283/81, saken gjaldt et helt annet spørsmål enn virksomhetsoverdragelse, men prinsippet gjelder for tolkningen av alle direktiver og forordninger vedtatt av EU parlamentet.

⁵⁶ Se direktiv 2001/23/EC fortalen punkt 3 og 5.

⁵⁷ Se sak C-29/91

⁵⁸ Se Mulder s 134

Men i avgjørelsens premisser foretar ikke domstolen noen nærmere presisering av virksomhetsbegrepet, utover at spørsmålet må bero på en konkret skjønnsmessig helhetsvurdering, og innholdet i direktivets begreper må ha vært noe uklar.

Da «Schmidt- saken»⁵⁹ ble avsagt i 1994 var den første avgjørelsen etter «Spijkers- saken»⁶⁰. I premissene retter EU- domstolen fokuset mot den aktivitet som enheten utførte. Saken gjaldt renholdsarbeideren Schmidt som var ansatt i en bankfilial hvor hun utførte det daglige renholdet. Bankfilialen inngikk avtale med et eksternt selskap som skulle utføre renholdsarbeidene, og Schmidt fikk tilbud om fast ansettelse i dette. Tvisten knyttet seg til om Schmidt beholdt sine tidligere lønns- og arbeidsvilkår som hun hadde hatt da hun var ansatt i banken. EU- domstolen kom i dette tilfellet frem til at det forelå en virksomhetsoverdragelse, og at Schmidt utgjorde en selvstendig enhet i banken. Denne saken kan gi inntrykk av at det er tilstrekkelig at aktiviteten blir videreført hos ny arbeidsgiver. En slik tolkning ville gitt bestemmelsene om virksomhetsoverdragelse et omfattende virkeområde.

Med «Rygaard- saken»⁶¹ som er avsagt i 1995 skjer det et skifte i EU- domstolens tolkning av virksomhetsbegrepet⁶². I avgjørelsen ser ikke EU- domstolen på aktiviteten som det sentrale, men stiller krav til enhetens organisatoriske egenskaper og stabilitet. EU- domstolen fant i saken at det ikke forelå noen selvstendig økonomisk enhet som ble overført da den ikke oppfylte de nye kriteriene for økonomisk enhet.

De tilleggskriterier som er oppstilt i avgjørelsen er nå kodifisert i rådsdirektivet art.

1.1.b. For at det skulle foreligge en selvstendig økonomisk enhet må det overføres en organisert helhet av elementer som gjør det mulig å fortsette virksomhetens aktiviteter på en stabil måte⁶³. Stabilitetskravet som EU- domstolen oppstiller referer seg både til aktiviteten⁶⁴ og enheten⁶⁵ som sådan. Domstolen ser i all hovedsak på

⁵⁹ Se sak C-392/92

⁶⁰ Se også Holo s. 8

⁶¹ Se sak C-48/94

⁶² Se også Holo s. 9

⁶³ Se sak C-48/94 premiss 21

⁶⁴ Se sak C-48/94 premiss 20

organisasjonsstrukturen i enheten og foretar en vurdering av situasjonen både før og ved selve overdragelsen.

I «Merckx- saken»⁶⁶, som ble behandlet av EU- domstolen i 1996, trekker premissene i retning av en fortsettelse av «Schmidt» tolkningen hvor aktiviteten var det sentrale⁶⁷. Avgjørelsen gjaldt forhandlervirksomhet, og domstolen kom til at direktivet fikk anvendelse. Langt på vei, var det et sentralt moment at aktiviteten var den samme før og etter overdragelsen av forhandlerretten, men domstolen foretar en noe bredere vurdering enn i Schmidt saken.

«Süzen- saken»⁶⁸ ble avsagt i 1997, og i avgjørelsen presiserer EU- domstolen kravet til selvstendig enhet ytterligere⁶⁹. I avgjørelsens premisser viser retten til «Rygaard – saken» og uttaler videre at; *«Begrebet enhed omfatter således en organisert helhed av personer og aktiver, der gør det muligt at udøve en økonomisk virksomhed med et selvstændigt formål»*⁷⁰.

Med denne uttalelsen distanserer EU- domstolen seg fra tolkningen i «Schmidt- saken». Det forhold at aktivitetens videreføres, er ikke lenger av avgjørende betydning ved vurderingen av selvstendig enhet. I «Süzen- sakens» premiss 15, uttaler retten at begrepet enhet ikke kan begrenses til den aktivitet enheten utfører. Det må altså kreves noe mer. Lars Holo skriver at *«Domstolen fremhevet nå at det må være overdratt en enhet, og at det ikke er nok at aktiviteten videreføres av en annen arbeidsgiver»*⁷¹.

I «Vidal- saken»⁷² videreføres tolkningen som ble lagt til grunn i «Süzen- saken». EU- domstolen peker på at den økonomiske enheten i utgangspunktet skal være tilstrekkelig

⁶⁵ Se sak C-48/94 premiss 21

⁶⁶ Se EU-domstolens forente saker C-171/94 og C-172/94

⁶⁷ Se EU-domstolens forente saker C-171/94 og C-172/94 premiss 18

⁶⁸ Se sak C-13/95

⁶⁹ Se også Holo s. 12

⁷⁰ Se sak C-13/95 premiss 13

⁷¹ Se Holo s. 11

⁷² Se forente saker C-127/96, C-229/96 og C-74/97 premiss 26 og 27

strukturert og selvstendig samt. Retten setter ikke her et absolutt krav til at enheten er selvstendig og organisatorisk uavhengig. Det avgjørende er om den er tilstrekkelig strukturert og organisert, og denne uttalelsen er senere blitt gjentatt i «Jounini- saken»⁷³. Dette gir anvisning til en konkret vurdering av hver enkelt sak.

Et godt utgangspunkt for å vurdere om enheten i tilstrekkelig grad er selvstendig organisert på en stabil måte, vil være virksomhetens organisasjonskart eller egne regnskaps eller budsjettposter. Men det oppstår da et problem for virksomheter som ikke har noen organisasjonsstruktur eller er skilt ut som en del av virksomheten på annen måte. Det kan da stilles spørsmål om disse ikke skal kunne omfattes av direktivets bestemmelser i det hele tatt? Det er derfor behov for en videre presisering av begrepet enhet. Spørsmålet blir da om det kan foreligge en selvstendig enhet på annet grunnlag en organisatorisk uavhengighet?

I «Jouini- saken»⁷⁴ oppstiller EU- domstolen et skille. Saken omhandlet et vikarbyrå hvor to ektefeller var ansatt i ledelsen. De brøt ut og startet et nytt selskap som rettet seg mot det tidligere selskapets storkunder. En tredjedel av de ansatte fulgte med over etter anmodning fra storkundene, noe det tidligere selskapet aksepterte. Tvisten oppsto da de ansatte i det nye vikarbyrået gjorde gjeldene at de hadde krav på samme betingelser som de hadde tidligere.

Den omtvistede virksomheten hadde ingen fast organisasjonsstruktur, og EU- domstolens tidligere tolkning av kravet til selvstendig enhet hadde liten overføringsverdi. Retten tok imidlertid utgangspunkt i at den selvstendige enhet må være organisert på en stabil måte og samtidig fremstå som tilstrekkelig strukturert og selvstendig. Da retten ikke kan se at det ikke foreligger noen bedriftsorganisasjon, avslutter den ikke med å si at det ikke foreligger en enhet. Mye av bakgrunnen for den tolkning domstolen legger til grunn må skyldes formålet bak direktivet. Skulle man i dette tilfellet si at direktivet ikke fikk anvendelse, da det ikke forelå noen

⁷³ Se sak C-458/05 premiss 31

⁷⁴ Se sak C-458/05

organisasjonsstruktur? Dette ville i så fall gitt den overdragende virksomhet gode muligheter til å innrette seg for å omgå direktivets bestemmelser.

EU- domstolen uttaler i den forbindelse «*Da det omhandlede vikarbureau ikke har en organisationsstruktur, der kan afgrænses, skal der følgelig foretages en undersøgelse under hensyntagen til dets særlige kendetegn i stedet for en analyse med henblikk på at påvise, at der foreligger en økonomisk enhed henset til dets organisation*»⁷⁵. EU- domstolen henviser her til en vurdering av hva som kjennetegner enheten, og påpekte at virksomheten kjennetegnes av dets personell, ikke driftsmidler.

Videre uttaler domstolen at det må være «*en helhed*» som kan «*forfølge et selvstændigt formål*» og at denne må fremstå som «*operationell uden at gøre brug af andre driftsmidler eller andre dele af overdragelsesvirksomheden*». Om disse formuleringene skriver Holo at de må anses som «*vilkår som må være oppfylt for at direktivet skal komme til anvendelse*»⁷⁶. Holo betegner dette som en selvstendig enhet i «*funksjonell forstand*».

Den siste tolkningsuttalelsen fra EU- domstolen er «Scattolon- saken»⁷⁷ som gjaldt overføring av renholds- og administrasjonsansatte fra en kommune til staten. Den aktivitet de ansatte utførte ble kjennetegnet av personellet og ikke av aktiva. I denne saken tilføyer EU- domstolen ytterligere et vilkår for at de ansatte skal utgjøre en enhet. Retten uttaler at de ansatte må utgjøre «*strukturert enhed af ansatte*»⁷⁸. Hva som nærmere ligger i dette er usikkert, men uttalelsen trekker i retning av at de ansatte i en eller annen form må skille seg fra den øvrige virksomheten. For eksempel at de utøver en eksklusiv aktivitet.

I alle fall viser avgjørelsen at enhetstankegangen har fått gjennomslag. Avgjørelsens premisser viser at aktivitetsovergang ikke er tilstrekkelig. Det avgjørende er om

⁷⁵ Se sak C-458/05 premiss 37

⁷⁶ Se Holo s 18

⁷⁷ Se sak C-108/10

⁷⁸ Se sak C-108/10 premiss 66

personellet kan utgjøre en strukturert enhet og at aktiviteten videreføres. Schmidt og dels «Merckx» tankegangen synes nå forlatt.

I de saker som er behandlet av EFTA- domstolen kan det funksjonelle enhetskrav også spores. I «Ask- saken»⁷⁹ avsa EFTA- domstolen en rådgivende uttalelse i spørsmålet om tidsbegrensede entreprisekontrakter vedrørende vedlikeholdsfunksjoner som utløper og oppdragsgiveren som inngår nye tidsbegrensede kontrakter kan omfattes av direktivet. EFTA- domstolen følger i denne saken den linje som ble staket ut gjennom «Süzen- saken», og tar utgangspunkt i at det skal foreligge en overdragelse av en selvstendig enhet. I avgjørelses premiss 20 fremgår det;

«Kjernen i vurderingen er om det i en konkret sak er en stabil økonomisk enhet med en organisatorisk struktur og karakteristika som er nødvendig for å drive enheten som er overført til en annen økonomisk operatør, idet den bevarer sine karakteristiske elementer og fortsetter sin aktivitet».

Retten uttaler at, ved vurderingen av om det foreligger en enhet vil «*Dens organisasjon, arbeidsforhold, lederstab, organiseringen av arbeidet, dens driftsmetoder og – der det er hensiktsmessig, også tilgjengelige driftsressurser...*»⁸⁰ være relevante momenter. Disse momentene har klare tilknytninger til enhetens struktur. EFTA- domstolen kom til i saken at det ikke var tale om en virksomhetsoverdragelse i dette tilfellet og begrunnet dette ut i fra at identiteten ikke var i behold.

I «Rasmussen- saken»⁸¹ avsa EFTA- domstolen en rådgivende uttalelse i arbeidstvist mellom Total E&P Norge AS og Rasmussen m.fl. Tvisten oppsto som følge av at vedlikeholds og støttefunksjoner ble satt ut på anbud. Arbeidet var tidsbegrenset da det skulle utøves i fem sammenhengende år, 24 timer i døgnet. I denne saken kom domstolen kom til at det forelå en overdragelse av disse tjenesteytelsene.

⁷⁹ Se sak E-3/96

⁸⁰ Se sak E-3/96 premiss 21

⁸¹ Se sak E-2/04

EFTA- domstolen stiller de samme krav til enheten som EU- domstolen har gjort. Etter EFTA- domstolens vurdering må det gjelde «*en stabil økonomisk enhet, hvis virksomhets ikke er begrenset til utførelsen av ett bestemt oppdrag*». I kravet ligger det videre enheten må utgjøre en «*samling av ressurser som er organisert med det formål å drive økonomisk virksomhet, uavhengig av om det dreier seg om hoved- eller bivirksomhet*»⁸². Retten viser også til dommene «Süzen» og «Ask», uten å utdype kravene noe nærmere enn det som er gjort av EU- domstolen. Avgjørelsen viser at også EFTA- domstolen har sluttet seg til at et enhetskrav kan foreligge på funksjonelt grunnlag⁸³.

Domstolen behandler de organisatoriske sidene ved virksomheten og uttaler i premiss 32; «*For å anses som en selvstendig økonomisk enhet må en del av et foretaks virksomhet dessuten ... kunne atskilles fra dets øvrige virksomhet og normalt ha ansatte som i hovedsak er tilknyttet denne enheten*».

I vurderingen av om enheten kan adskilles må det foretas en konkret vurdering der alle momenter rundt overføringen er relevante. Selv om det i saken ikke eksisterte klare organisatoriske rammer, åpnet domstolen for at dette kunne repareres hvis man ut i fra en bred vurdering kom til at dette forelå på funksjonelt grunnlag.

4.2 Utviklingen i norsk rettspraksis

Kravet til «selvstendig enhet» i aml. § 16-1 gir ikke mye veiledning. Med begrepet «enhet» kan forstås som et krav til at det må foreligge en samling av personer og aktiva. At denne enheten må være selvstendig, trekker i retning av at den fremstår som uavhengig fra andre deler av virksomheten.

Martin Jetlund sonderer i sin artikkel⁸⁴ mellom virksomheter med og uten fast organisasjonsstruktur ved vurderingen av tilknytning mellom arbeidstakerne og den

⁸² Se E-2/04 premiss 25

⁸³ Se Holo s. 19

⁸⁴ Jetlund, Martin s. 311 flg.

selvstendige enheten, i likhet med «Jounini- saken». Et slikt skille kan være hensiktsmessig også for å vurdere om en selvstendig økonomisk enhet er overført, og har støtte i «Gate Gourmet- dommen».

Høyesterett tar i «Gate Gourmet- dommen» utgangspunkt i lovteksten og siterer deretter EU- domstolens avgjørelse i «Süzen- saken» og «Jouini- saken». Høyesterett finner ingen klare holdepunkter for at LSGs arbeid med SAS kontrakten innebærer en klar identifiserbar og uavhengig avdeling.

I den forbindelse uttaler førstvoterende at: «... *hvor det ikke er en hel bedrift eller en klart identifiserbar og uavhengig avdeling som overtas [må det] ved vurderingen av om overføringen gjelder en selvstendig økonomisk enhet, foretas en samlet bedømmelse av det karakteristiske for den virksomheten som overføres*»⁸⁵. Uttalelsen om at enheten må klart identifiserbar og uavhengig må bety at det skal forholdsvis mye til for at det skal foreligge en selvstendig enhet som ikke behøver å vurderes inngående. Typisk ved at enheten er skilt ut organisatorisk og/ eller at enheten er adskilt rent regnskapsmessig.

Retten gikk etter dette over til en konkret helhetsvurdering, hvor vurderingstemaet var hvorvidt LSGs arbeid med SAS kontrakten utgjorde en stabil og operasjonell enhet, som selv er i stand til å levere de tjenester som karakteristisk for virksomhetens økonomiske karakter.

Høyesterett stiller her konkrete krav til den enheten som påstås overført. For det første stilles det en forutsetning at enheten er stabil. Med dette må det menes at enheten har konkrete arbeidsoppgaver, knyttet til en bestemt aktivitet og at denne fremstår som forholdsvis permanent. For det andre stiller førstvoterende krav til at enheten kan levere den tjenesten som er karakteristisk for virksomhetens økonomiske karakter. Med dette sikter retten til at enheten skal kunne utføre en aktivitet på selvstendig grunnlag. For det tilfellet at en påstått enhet driver med renhold av et bestemt lokale, må denne enheten kunne utføre denne virksomheten på selv. Høyesteretts forståelse er i samsvar med den tolkning som EU- domstolen har lagt til grunn.

⁸⁵ Se HR-2011-2393-A premiss 53

Høyesterett finner etter dette at kravet til selvstendig enhet innebærer at den pretenderte enhet må fremstå som stabil og operasjonell, som er i stand til å levere en tjeneste som er karakteristisk for virksomhetens økonomiske aktivitet⁸⁶. Videre påpeker Høyesterett at spørsmålet om en selvstendig enhet foreligger må bero på en konkret helhetsvurdering.

Etter å ha fremstilt sin rettssetning, uttaler førstvoterende selv om virksomheten i LSG ikke var utskilt organisatorisk, så må det likevel vurderes om enheten «*var av en slik karakter at den etablerte en stabil og operasjonell enhet for oppfyllelse av kontraktens krav*»⁸⁷.

Som følge av dette foretar førstvoterende en konkret samlet vurdering av både identitets- og enhetsvilkåret. Det kommer ikke frem av dommens premisser hvorvidt det eksisterte en selvstendig enhet hos LSG da denne vurderingen er gjort sammen med identitetsvurderingen. Hadde Høyesterett først vurdert om det forelå en selvstendig enhet hos LSG, kunne førstvoterende stoppet sin drøftelse der, dersom han kom til at en slik enhet ikke forelå. På bakgrunn av den tolkningen som fremgår av «Gate Gourmet-dommen» synes det nå uklart om kravet til selvstendig enhet i det hele tatt er et selvstendig vilkår i norsk rett.

Lagmannsretten behandlet som sagt kravet til selvstendig enhet i «Kranfører-dommen», hvor lagmannsretten sluttet seg til tingrettens begrunnelse. Denne begrunnelsen skiller seg fra den rettssetning som Høyesterett anvendte i «Gate Gourmet- avgjørelsen». Tingretten og lagmannsrettens vurdering er i stor grad knyttet til selve utførelsen av arbeidsoppgaven, altså aktiviteten, og arbeidstakernes tilknytning til enheten som sådan.

Den voterende for flertallet i lagmannsretten uttaler: «*Avgjørende for flertallet er imidlertid, uansett fordeling mellom arbeidsoppgavene, at det ikke er tale om rene*

⁸⁶ Se HR-2011-2393-A premiss 53

⁸⁷ Se HR-2011-2393-A premiss 57

kranførerstillinger, ettersom de som nevnt plikter å utføre andre arbeidsoppgaver på installasjonene»⁸⁸.

Flertallet påpeker videre at det ikke finnes holdepunkter i rettskildebildet for de tilfeller der flere arbeidsoppgaver er tillagt stillingen kan skilles ut. Sett i lys av Høyesteretts forståelse av enhetskravet, foretar ikke lagmannsretten her noen en bred helhetsvurdering. I det alminnelige arbeidsliv vil det normalt være slik at man vanskelig kan sies å ha utelukkende en arbeidsoppgave konstant. Sett en trailersjåfør som kjører Coca- Cola fra distribusjonssentralen til butikkene. Hans oppgave er å kjøre varene i tillegg til av- og pålessing. Dersom kun transportoppgavene outsources til en annen befrakter, kan den ansatte da sies å utelukkende jobbet med transport?

Lagmannsrettens tolkning synes i liten grad å legge til grunn den formålstolkning som EU- domstolen og EFTA- domstolen anvender. Videre er dommen avsagt under dissens, hvor mindretallet foretar en summarisk helhetsvurdering. Som følge av» Gate Gourmet- dommen» må Kranfører- dommen etter dette antas å ha liten teoretisk og praktisk betydning.

5 Selvstendig enhet - Kravet til stabilitet, operasjonalitet og tilstrekkelig strukturert og selvstendig

5.1 Innledende

På bakgrunn av den rettsutviklingen som har skjedd, som vist i punkt 6, har EU- domstolen oppstilt en konkret rettssetning for vurderingen av om det foreligger en selvstendig enhet. Vurderingen knytter seg til hvorvidt enheten vedrører en *«økonomisk enhet, der er organisert på en stabil måte, og hvis aktiviteter ikke er begrenset til utførelsen av en nærmere bestemt entreprise»⁸⁹*. Videre er det påpekt at begrepet enhet omfatter *«en organisert helhet af elementer, der gør det muligt på stabil måde at*

⁸⁸ Se RG 2011 s. 873 fra «Flertallet vil i tillegg bemerke»

⁸⁹ Se sak C-48/94 premiss 20

*fortsatte den overdragende virksomheds aktiviteter eller nogle af disse»*⁹⁰ og at enheten fremstår som «*tilstrækkelig strukturert og selvstendig»*⁹¹. Disse kravene som er oppstilt vil gjelde uavhengig av om virksomheten har en fast organisasjonsstruktur eller ikke. Vurderingen knytter seg til at, det avgjørende om det som overføres kan utgjøre en selvstendig økonomisk enhet⁹².

EU- domstolen stiller således krav til både enhetens organisatoriske egenskaper, samt at enheten kan utføre bestemte aktiviteter. I det videre følger en gjennomgang hvor ulike rettskilder vil gjennomgås, for å se hva som nærmere ligger i begrepet «økonomisk enhet».

På bakgrunn av den praksis som forelå ved Mulder i sin doktoravhandling⁹³ skriver han at «... *enheten skall vara organisatoriskt självständig så att den i princip skulle kunna existera av sig själv»*⁹⁴. Dette utgangspunktet er fulgt opp av Høyesterett i «Gate Gourmet- dommen». Det er imidlertid interessant at Høyesterett ikke uttaler at den selvstendige enhet skal være tilstrekkelig strukturert og selvstendig, men nøyer seg med at enheten må være stabil og operasjonell. Det nærmere innholdet i kriteriene som er oppstilt må i utgangspunktet bero på en konkret helhetsvurdering, hvor en rekke momenter vil spille inn.

I forarbeidene til arbeidsmiljøloven fremgår det at kravet til selvstendig enhet som bevarer sin identitet skal være en presisering begrepet overdragelse. Forarbeidene begrunner endringen i at dette er en kodifisering av gjeldende praksis fra EF domstolen og EFTA- domstolen⁹⁵. Videre fastholdes det at tolkningen må skje innenfor de rammer som EU organene setter. Forarbeidene overlater den videre utviklingen av begrepene i lovteksten til domstolene⁹⁶. Bakgrunnen for at forarbeidene ikke utdyper begrepene i

⁹⁰ Se sak C-48/94 premiss 21

⁹¹ Se sak 458/05 premiss 31 og forente saker C-127/96, C-229/96 og C74/97 premiss 27

⁹² Se Mulder s 194

⁹³ Mulder sin avhandling er ajour til og med juni 2004, se Mulders forord.

⁹⁴ Se Mulder s 199

⁹⁵ Se Ot.prp. nr 49 (2004 – 2005) s 338

⁹⁶ Se Ot.prp. nr 49 (2004 – 2005) s 258

lovteksten i særlig grad, må ses på som en henvisning til den rettsutvikling som EU organene foretar. Gjennom EØS avtalen skal norsk rett foreta en EU konform tolkning, slik at nasjonale lovgivere i liten grad kan påvirke tolkningen i de nasjonale domstoler.

Ved vurderingen om det foreligger en selvstendig enhet som har bevart sin identitet, uttaler forarbeidene at dette må bero på en konkret skjønnsmessig vurdering der alle relevante momenter skal tas i betraktning.

Av forarbeidene til den gamle arbeidsmiljøloven fremgår det at begrepene virksomhet eller del av virksomhet er brukt for å understreke at virksomhetsoverdragelse også kan foreligge der kun en del av virksomheten overføres. Begrepet har en nedre grense slik at overføring av enkeltaktiva faller utenfor ordlyden. Forarbeidene understreker at vurdering må bero på en nærmere konkret vurdering hvor en rekke momenter spiller inn.

5.2 Kravet til stabilitet

EU- domstolen har satt krav til at enheten skal være organisert på en «stabil måte»⁹⁷. Som henvist over retter stabilitetskravet seg til både enheten som sådan og selve aktiviteten⁹⁸. Stabilitetskravet må således ses i sammenheng med kravet til operasjonalitet og kravet til tilstrekkelig struktur og selvstendighet.

Det som må kreves for at stabilitetskravet er oppfylt er at enheten har en viss grad av frihet til å bestemme hvordan den skal utføre sine arbeidsoppgaver, og at dette fremstår som en forholdsvis stabil ordning. For å vurdere enhetens stabilitet vil de ansattes kompetanse være av betydning. Spørsmålet som må avgjøres er hvorvidt enheten fremstår som tilstrekkelig stabil til å utføre den aktivitet den er satt til?

Stabilitetskravet i forhold til aktiviteten knytter seg til at enheten er i stand til å utføre den aktiviteten den har til formål å utføre, på en stabil måte. I den forbindelse kan

⁹⁷ Se sak C-258/05 premiss 31

⁹⁸ Se sak C-48/94 premiss 20 og 21

«Rygaard- saken» tjene som eksempel. Gjennom denne saken etablerte EU- domstolen en nedre grense for hva som kan anses som en selvstendig enhet. Det springende punkt var hvorvidt enheten fremsto som «stabil»⁹⁹.

Saken gjaldt spørsmålet om det forelå en virksomhetsoverdragelse for det tilfellet at firmaet Svend Pedersen AS overlot entreprisen for oppføring av ny matsal for SAS Service Partner til Strø Mølle. Rygaard var ansatt i Svend Pedersen AS, men denne virksomheten skulle avvikles. Rygaard fortsatte å jobbe for Strø Mølle ved entreprisen, men ble sagt opp. Rygaard krevde erstatning for oppsigelse uten saklig grunn. Retten måtte da ta stilling til om det forelå en virksomhetsoverdragelse ved at entreprisen ble overtatt av Strø Mølle fra Svend Pedersen AS.

Domstolen kom til at utførelse av entreprise ikke kan anses som en virksomhetsoverdragelse. En slik grense medfører således at rent tidsbegrensede enheter ikke kan oppfylle kravet til stabilitet. EU- domstolen inntok likevel et forbehold i dommens premiss 21, ved at overtagelse av en entreprise likevel kan omfattes dersom; *«...hvis der samtidig overføres en organisert helhet av elementer, der gør det muligt på stabil måde at fortsætte den overdragende virksomheds aktiviteter eller nogle af disse»*.

Med denne uttalelsen viser EU- domstolen til en vurdering som medfører at entrepriser likevel kan være omfattet av direktivet. Det kan derfor ikke hevdes at entrepriser på generelt grunnlag ikke kan omfattes av direktivet. En slik slutning vil ikke være i overensstemmelse med hverken direktivets formål eller den uttalelse som er sitert ovenfor.

Det må være slik at en entreprise kan omfattes dersom man ut i fra en helhetsvurdering finner at virksomheten kan regnes som stabil. En langvarig entreprise som tidsmessig strekker seg over flere år, kan etter omstendighetene omfattes. I «Ulstein- saken»¹⁰⁰ hvor spørsmålet blant annet var om tidsbegrensede kontrakter kunne omfattes av

⁹⁹ Se Moen Borgerud, Due, Nordaas og Næss s 70

¹⁰⁰ Se sak E-2/96

bestemmelsene om virksomhetsoverdragelser, la EFTA- domstolen til grunn at bestemmelsene ikke utelukket dette. Videre har flere av sakene som har vært brakt inn for EU- domstolen omhandlet anbudskontrakter, og retten har i flere av disse sakene uttalt at direktivet skal gjelde også for slike situasjoner.

Noen tidsmessig grense for stabiliteten med tanke på aktiviteten, kan vanskelig oppstilles. Svaret må bero på en konkret skjønnsmessig helhetsvurdering. Noe som kan være verdt å merke seg er at entrepriser er strengt tidsbegrenset, i den forstand at når entreprisen er gjennomført, medfører dette arbeidet på det bestemte stedet opphører. I anbudssituasjoner er behovet fra anbyder konstant. Som eksempel kan det vises til flyselskapene behov for catering. Etter anbudperioden er over, vil flyselskapene fortsatt ha behov for catering, og det er ikke uvanlig at det i gitte situasjoner gis rett til forlengelse uten at det utlyses en ny anbudskonkurranse. Ved avslutning av en entreprise er denne endelig, i den forstand at byggherren ikke har behov for videre utførelse i det bestemte prosjektet. Av den grunn vil anbudstilfeller ofte fremstå som mer stabile enn entrepriser.

Det kan også stilles spørsmål om det eksisterer en nedre grense hva gjelder antall ansatte, som kan utgjøre en enhet. I «Schmidt- saken» kom EU- domstolen til at én person kunne utgjøre en bestemt enhet. Dette tilsier at en stabil enhet ikke kan begrenses av antall ansatte. Det avgjørende vil være om det personellet som utgjør enheten er i stand til å utføre den aktivitet som kjennetegner enheten i tillegg til at dette innebærer en tilstrekkelig struktur og selvstendighet.

Som påpekt over så må enheten som sådan også oppfylle kravet til stabilitet, ikke bare aktiviteten. Spørsmålet er da hva som anses som en stabil enhet i strukturell og selvstendig forstand? Dette må avgjøres etter en vurdering av enhetens struktur og selvstendighet som vist under punkt 5.4. Kravet til at dette skal fremstå som stabilt må rette seg mot at enhetens struktur og selvstendighet er reell, og at enheten kan tilrettelegge sitt arbeid ved å fordele arbeidsoppgaver¹⁰¹.

¹⁰¹ Se sak C-108/10 premiss 51

På bakgrunn av «Rygaard- saken» kan rettstilstanden oppsummeres slik at EU-domstolen viser tilbake til utgangspunktet for vurderingen av stabil økonomisk enhet, og det må således foretas en konkret skjønnsmessig vurdering, basert på alle elementer rundt overførselen. Det må etter dette være klart at rent tidsbegrensede aktiviteter omfattes av direktivet. Mulder oppsummerer rettstilstanden slik, og uttaler at, det avgjørende er at «... *verksamheten skall vara någorlunda strukturerad och att en prognos om hur den ekonomiska verksamheten kan fortsätta skall vara positiv*¹⁰²».

5.3 Kravet til operasjonalitet

I «Süzen- saken» foretar EU- domstolen en ytterligere presisering av begrepet selvstendig enhet. Saken gjaldt arbeidstakeren Süzen som var renholder på en videregående skole, og var ansatt i selskapet X. Avtalen mellom skolen og selskapet X ble sagt opp, og Süzen ble meddelt oppsigelse som følge av dette. Skolen inngikk ny avtale om renhold med selskap Y. Retten uttaler her at «*Begrebet enhed omfatter således en organisert helhed af personer og aktiver, der gør det muligt at udøve en økonomisk virksomhed med et selvstændigt formål*»¹⁰³.

Etter en naturlig språklig forståelse kreves det at enheten skal kunne utføre en bestemt aktivitet. I teorien er dette formulert slik at den overførte enheten må ha en viss grad av substans¹⁰⁴. Det må altså kreves at en betydelig del av de ansatte og/ eller aktiva overføres, avhengig av hva som karakteriserer aktiviteten (se punkt 7.2.1 som vil gjelde generelt for vurderingen her). For å vurdere dette, må det ses hen til at enheten skal være i stand til å utøve en økonomisk med de ansatte som eventuelt de aktiva som skal overføres¹⁰⁵. Dette kan sammenfattes slik at den overførte substans er kvalitativ og tilstrekkelig kvantitativ. Kvalitativ i den forstand at den substans som overføres må være av samme type som kjennetegner an aktivitet som enheten utøver, og kvantitativ i den forstand at en betydelig del av ansatte og/ eller aktiva overføres.

¹⁰² Se Mulder s 199

¹⁰³ Se sak C-13/95 premiss 13, nå kodifisert i rådsdirektivet art 1.1.b.

¹⁰⁴ Se Holo og Fougner; Arbeidsmiljøloven, Kommentartutgave s 886

¹⁰⁵ Se Holo og Fougner; Arbeidsmiljøloven, Kommentartutgave s 890

Kravet til operasjonalt vil gjelde uavhengig av om den aktivitet som er gjenstand for overføring, er virksomhetens primæraktivitet eller om den utgjør en integrert del av en større aktivitet. I «SAS/ Bratthens- dommen»¹⁰⁶ var partene enige i at bakkemannskapene hos Braathens utgjorde en enhet. Saken er illustrerende da de bakkeansattes aktivitet knyttet seg til «handeling- og bakketjenester», og ikke selve primæraktiviteten i flybransjen, nemlig det å fly flyene.

Svaret på om kravet til operasjonalt er oppfylt må etter dette følge av en konkret skjønnsmessig helhetsvurdering i de tilfeller der kun en del av virksomheten overføres. Dette spørsmålet vil normalt ikke komme på spissen der hele virksomheten overføres, da det må antas at virksomheten, all den tid den har eksistert, har vært operasjonell.

For det annet stilles også krav til den selvstendige enhet utøver en økonomisk virksomhet¹⁰⁷. I dette ligger det at enheten er i stand til å utføre en bestemt aktivitet. Som påpekt ovenfor er det ikke krav om at enheten har til formål å oppnå en økonomisk gevinst. EU- domstolen har lagt til grunn et forholdsvis beskjedent krav, jf «Redmond Sticking- saken». Det vesentlige er at enheten er i stand til å utføre en aktivitet, enten dette skjer som integrert del i en større helhet eller på selvstendig grunnlag.

5.4 Tilstrekkelig strukturert og selvstendig

I «Jounini- saken» og «Vidal- saken» settes det også som krav at enheten er «*tilstrekkelig strukturert og selvstendig*»¹⁰⁸. En ny variant av dette fremkommer også i den nylig avsatte «Scattolon- saken» hvor EU- domstolen uttaler at gruppen ansatte må utgjøre en strukturert enhet med ansatte. EU- domstolen stiller her krav til enheten uavhengighet av den øvrige virksomheten.

Etter en naturlig språklig forståelse kan tilstrekkelig selvstendig forstås slik at enheten er har instruksjonsmyndighet over seg selv, men det kan også tilsi at enheten er løsrevet

¹⁰⁶ Se Rt 2006 s. 71

¹⁰⁷ Nå kodifisert i rådsdirektivet art 1.1.b

¹⁰⁸ Se sak C-458/05 premiss 31 og sak forente saker C-127/96, C229/96 og C74/97 premiss 27

fra den øvrige virksomheten. Dette peker igjen på at organisasjonen har en organisasjonsmessig uavhengighet. Det sentrale må være om de arbeidstakere som enheten består av har en viss grad av uavhengighet fra den øvrige virksomheten, slik at den har en valgfrihet i utøvelsen av den aktivitet den utøver.

Hvilken organisasjonsform som er valgt er av underordnet betydning. Et typisk eksempel er de tilfeller hvor virksomheten har organisert en gitt del av sin aktivitet i et eget aksjeselskap. Dersom dette aksjeselskapet skal fusjoneres med et annet aksjeselskap utenfor sin opprinnelige eierstruktur og inngå som en del av denne, kan det klart konstateres at det forelå en selvstendig enhet før overføringen.

Videre vil det være et moment om enheten har en organisasjonsstruktur¹⁰⁹. Dette er imidlertid ikke mer enn et utgangspunkt. Man må også se om det er andre forhold ved enheten som gjør den til en selvstendig enhet. Ved at en enhet er skilt ut i for eksempel et organisasjonskart, vil det også normalt bli behandlet særskilt i regnskap/budsjett noe som klart taler for at det foreligger en selvstendig enhet.

Momenter i den konkrete vurderingen som foretas kan være om enheten har en egen ledelse eller om det er/ inngår i et hierarki av medarbeidere med instruksjonsmyndighet over andre ansatte. Spørsmål om enhetens organisatoriske- selvstendighet kommer på spissen ved overføring av deler av virksomheten. Det som kan vurderes er om enheten er eksklusiv i forhold til den resterende virksomheten, slik at renholdsaktiviteter tilligger renholdspersonalet eksklusivt, og renholdspersonalet i et oljeselskap oppfyller dette kravet.

Ordet «tilstrekkelig» trekker i retning av at det ikke stilles særlig strenge krav til strukturen og selvstendigheten, noe som har støtte i rettspraksis fra EU- domstolen, jf. blant annet «Süzen- saken» hvor en person ble ansett som en enhet. Ordet kan ses som et utslag av et beviskrav, slik at det ikke er nødvendig å bevise total uavhengighet.

¹⁰⁹ Holo side 16, momentet er fremhevet under overskriften på et annet grunnlag, men er sentralt i vurderingen av selvstendig enhet ved organisatoriske rammer.

Praksis fra EU- domstolen har som sagt over, vist at det stilles svært begrensede krav til enhetens struktur og selvstendighet.

Når hele virksomheten overføres medfører dette vilkåret normalt ingen vanskeligheter. En hel virksomhet er som hovedregel strukturert og selvstendig. Ved overføring av kun deler av virksomheten, er det dette vilkåret som volder flest problemer. Et praktisk eksempel her er «Jouini- saken», hvor EU- domstolen kom til at vilkårene for virksomhetsoverdragelse ikke var oppfylt. Retten uttalte at bedrifter som ikke har en egen organisasjonsstruktur, kan anses som en enhet på et annet grunnlag¹¹⁰ som vist under, dersom det er «klart» at enheten ikke har organisatoriske rammer. Det er med andre ord ikke avgjørende om en virksomhet er tilstrekkelig strukturert og selvstendig.

Det blir derfor vanskelig å oppstille en nedre grense for hva som kan anses som *«tilstrekkelig strukturert og selvstendig»*. I den forbindelse er det av interesse at selvstendige enheter kan foreligge på andre grunnlag. For disse tilfellene må det være «klart»¹¹¹ at det ikke foreligger organisatoriske rammer.

I «Jouini- saken» anvender retten en like kategorisk formulering når den uttaler at den påståtte enhet *«... ikke har en organisasjonsstruktur, der kan avgrenses ...»*¹¹² og hvorvidt det forelå en selvstendig enhet måtte avgjøres på bakgrunn av en helhetsvurdering. EU- domstolen peker på at den selvstendige enhet må skille seg fra den øvrige virksomheten i organisatorisk forstand.

Dette kan nærmest tale for at en enhet som kun i liten grad har struktur og er selvstendig vil være tilstrekkelig. Sammenholdt med den praksis som foreligger og støtten i juridisk litteratur må det avgjørende være om enheten har en reell innflytelse over seg selv og kan skille ut av den øvrige virksomheten til en viss grad.

¹¹⁰ Se sak C-458/05 premiss 34

¹¹¹ Se for eksempel HR-2011-2393-A premiss 53

¹¹² Se sak C-458/05 premiss 34

Langt på vei kan det da synes at det er nødvendig, men ikke tilstrekkelig at enheten er stabil og operasjonell, men det er ikke noe absolutt vilkår at den fremstår som tilstrekkelig strukturert og selvstendig.

På bakgrunn av den regelen rettspraksis har utviklet skal det ikke mye til for å kunne legge til grunn at det foreligger en selvstendig enhet. At det til en viss grad eksisterer organisatoriske rammer vil langt på vei være et sterkt holdepunkt for at det foreligger en selvstendig enhet. Den organisatoriske inndelingen må imidlertid være reell.

6 Selvstendig enhet etter klare organisatoriske egenskaper

En selvstendig enhet kan på bakgrunn av punkt 5 foreligge på bakgrunn av organisatoriske inndelinger i virksomheten. For de tilfeller der enheten er skilt ut organisatorisk medfører det som oftest ingen problemer med å si at det foreligger en enhet.

Vurderingen etter punkt 5 vil bero på en konkret skjønnsmessig vurdering, hvor alle omstendigheter rundt overføringen skal tas i betraktning, som vist til tidligere. Også de momenter som kommer frem under punkt 7.1 vil være en del av vurderingen om de foreligger.

Det mest praktiske er at enheten er organisert som en egen enhet med en egen ledelse som har instruksjonsmyndighet over de ansatte og enheten består av aktiva og/eller personell. At dette utgjør en selvstendig enhet er det liten tvil om.

7 Selvstendig enhet på operasjonelt grunnlag - momenter fra rettspraksis

7.1 Generelt

Dersom det ikke finnes «tilstrekkelige» organisatoriske rammer blir det neste spørsmål om det kan være en selvstendig enhet på et annet grunnlag. EU- domstolen har ikke utelukket at direktivet får anvendelse på de tilfeller der det ikke eksisterer noen organisasjonsstruktur ved enheten. Det kan i denne forbindelse vises til «Jouini- saken», hvor EU- domstolen påpeker at enheten ikke har noen organisasjonsstruktur. Saken gjaldt vikarbyrå, og det er klart at de ansatte hadde sitt daglige virke ute hos kundene til vikarbyrået. Det EU- domstolen synes å legge til grunn er at den selvstendige enheten må oppfylle et nytt vilkår. Enheten må fremstå som «operasjonell»¹¹³.

EU- domstolen utdyper dette kravet, slik at enheten må utgjøre en «*helhed*» som er operasjonell, «*uden at gøre brug af andre driftsmidler eller andre dele af overdragervirksomheden*»¹¹⁴.

Hvorvidt det kan foreligge en selvstendig enhet som oppfyller disse kravene må avgjøres må det avgjøres om enheten etter en bred skjønnsmessig helhetsvurdering, kan sies å være en selvstendig enhet på operasjonelt grunnlag. Deretter kan disse rammene settes opp mot situasjonen etter overføringen for å vurdere identitetsspørsmålet.

Rent faktisk og rettslig oppstår de største problemer der kun en del av virksomheten overføres som ikke kan sies å ha fast organisatoriske skiller, for eksempel skilt ut som en enhet i et organisasjonskart. I denne vurdering skal foretas må alle faktiske omstendigheter rundt overførselen vurderes, og denne vurdering vil variere med den art og driftsmåte som kjennetegnes ved virksomheten¹¹⁵.

¹¹³ Se sak C-458-/05 premiss 37

¹¹⁴ Se sak C-458/05 premiss 37

¹¹⁵ Se HR-2011-2393-A premiss 53 og 59

Det kan således vanskelig stilles opp momenter som generelt sett inngår i helhetsvurderingen, da denne er konkret. Videre kan det være vanskelig å trekke ut relevante momenter, da identitetsvilkåret også trekkes inn i denne vurderingen¹¹⁶. Det kan imidlertid påpekes hvilke momenter som legges til grunn i de sakene hvor vilkåret er behandlet, da disse vil ha relevans dersom de finnes igjen ved en overføring.

Rettspraksis viser at det sonderes mellom virksomheter hvor arbeidskraften er et vesentlig kjennetegn ved driften og virksomheter som kjennetegnes av aktiva. I disse tilfellene vil det avgjørende være om en tilstrekkelig del av aktiva eller personell er overført. For de tilfeller der virksomheten kjennetegnes av både aktiva og arbeidstakere, kan det hevdes at både aktiva og personell må overføres i tilstrekkelig grad.

De enkelte momenters vekt i vurderingen, vil også variere, slik Høyesterett uttaler i «Gate Gourmet- dommen». Førstvoterende uttaler at; *«Hvilken vekt det skal legges på de ulike momenter, avhenger av typen aktivitet, produksjons – og driftsmåter»*¹¹⁷.

Listen over momenter som følger nedenfor, er av denne grunn ikke uttømmende. Hver enkelt overføring må vurderes konkret, hvor alle omstendigheter rundt overføringen er relevant. For det første må det avgjøres på hvilket tidspunkt man skal legge til grunn ved fastleggelsen av eksistensen av momentene som vist under punkt 4.

7.2 Helhetsvurderingen

Helhetsvurderingen av hvorvidt det foreligger en selvstendig enhet for de tilfeller der enheten ikke er tilstrekkelig strukturert og selvstendig, knytter seg til hvorvidt den fremstår som *«... stabil og operasjonell, som selv er i stand til å levere de tjenester som er karakteristiske for virksomhetens økonomiske aktivitet»*¹¹⁸.

¹¹⁶ Se HR-2011-2393-A premiss 55

¹¹⁷ Se HR-2011-2393-A premiss 59

¹¹⁸ Se HR-2011-2393-A premiss 53

At enheten er operasjonell knytter seg til at den er i stand til å utføre en aktivitet som den er satt til. En enhet som skal utøve sikkerhetstjenester, må ha den kompetanse og et antall personer som er i stand til å utføre denne aktiviteten. Det stilles også som krav at enheten ikke må ha opphørt før overføringstidspunktet.

7.2.1 Type aktivitet

I «Süzen- saken» uttaler domstolen at enhetens aktivitet også er en del av dens identitet. Hvilken aktivitet den påståtte enhet utøver er således av betydning. Med andre ord kan ikke enheten reduseres til den aktivitet som utføres. Men det må sies at det er nødvendig, men ikke tilstrekkelig at enheten utfører den samme eller tilnærmet samme aktivitet, både før og etter overføringen. Støtte for en slik fortolkning finnes i flere saker som har vært gjenstand for behandling i EU- domstolen¹¹⁹.

Det må imidlertid sonderes mellom virksomheter som kjennetegnes ved personell og virksomheter som kjennetegnes ved aktiva. For virksomheter som kjennetegnes av personell er det sentrale om personellet og dennes aktivitet kan medføre at det foreligger en selvstendig enhet. Når det gjelder aktivabasert virksomhet er det sentrale at aktiva sammen med personell kan utgjøre en enhet. Dette blir således et underpunkt av den aktivitet som virksomheten utfører. Bussdrift kjennetegnes for eksempel av busser. For at det skal foreligge en operasjonell selvstendig og stabil enhet må det også kunne knyttes personer som fører bussene for at det skal være en enhet.

I «Gate Gourmet- dommen» legger Høyesterett vekt på at aktiviteten var den samme både før og etter overføringen¹²⁰. Momentet griper således inn i vurderingen av om identiteten er i behold. Høyesterett foretar i «Gate Gourmet- dommen» en samlet vurdering av både kravet til enhet og identitet. Til tross for dette, er det et interessant poeng at Høyesterett uttaler at kravet til selvstendig enhet er et selvstendig vilkår, men førstvoterende foretar ingen isolert vurdering av kravet til selvstendig enhet.

¹¹⁹ Se for eksempel sak C-340/01 premiss 32

¹²⁰ Se HR-2011-2393 A premiss 62

7.2.1.1 Aktivabasert virksomhet

Med aktiva menes et hvert formuesgode som kan være gjenstand for overdragelse. Typiske aktiva er driftsmidler som er nødvendige for å utøve en bestemt aktivitet. Som eksempel bussene i et busselskap eller lagerbeholdningen til en klesbutikk.

Virksomheter som baserer seg på aktiva må ha disse aktivaene knyttet til seg for at det kan foreligge en enhet. En virksomhet som baserer seg på aktiva kan være trykkeriet i et avishus. Dersom avishuset bestemmer seg for å selge trykkeriet, vil det ved avgjørelsen av om trykkeriet utgjør en selvstendig enhet være av betydning om den har trykkpresse som kan tilknyttes til seg. For virksomheter som kjennetegnes av personellet vil ikke momentet ha betydning, da det avgjørende må være om personellet kan utgjøre en selvstendig enhet.

Momentet må vurderes med hensyn til den delen av virksomheten som skal overføres. For å bygge videre på eksempelet over, hvor det vurderes om trykkeriet er en selvstendig enhet, er det altså de aktiva som kan tilknyttes trykkerivirksomheten som skal vurderes. Aktiva som knytter seg til journalistene som PCer og båndopptagere som de bruker i sitt daglige virke, vil ikke ha betydning ved vurderingen av momentet, da disse ikke er tilknyttet trykkeriet. Vurderingen må være konkret til hvilke aktiva som kjennetegnes ved den aktivitet som den påståtte enheten utfører.

Et annet spørsmål er aktiva som ikke direkte er tilknyttet enhetens aktivitet, som inventaret i et pauserom. Aktiva som ikke direkte er tilknyttet aktiviteten vil ha betydning i vurderingen om det som er overført utgjør en selvstendig enhet, selv om disse aktiva ikke er nødvendig for å utøvelsen av aktiviteten. En overførsel av slike aktiva har imidlertid størst betydning ved identitetsvurderingen.

Ved identitetsvurderingen synes rettspraksis å legge til grunn at dess mer aktiva som er overført, dess større vekt vil dette momentet ha. I juridisk teori er det, med støtte i «Liikenne- saken»¹²¹, uttalt at det må kreves at en «*vesentlig del av fysiske elementer*

¹²¹ Se sak C-177/99

eller driftsmidler [blir overført] når det er slike faktorer som karakteriserer virksomhetens identitet, hvis det skal være tale om en virksomhetsoverdragelse»¹²².

7.2.1.1.1 Aktiva tilhørende tredjemann

Når det gjelder aktiva tilhørende tredjemann, har Høyesterett i «Gate Gourmetdommen» ansett dette som et relevant moment, jf. det faktum at LSG overleverte «... en del traller mv., som tilhørte SAS»¹²³. Det som er klart her er at LSG ikke hadde eiendomsrett til disse aktiva, men Høyesterett uttaler ikke noe om dette forholdet. Momentets vekt ved vurderingen av selvstendig enhet vil skape en del tvil.

Det må derfor kreves at aktiva tilhørende tredjemann kan inngå som moment, dersom denne gjenstanden er nødvendig for å utføre aktiviteten. I en kantine kan det være slik at man har leaset kjøleskap. Det er således et moment i vurderingen til selvstendig enhet som vil avgrense enheten innad i virksomheten. På en annen side fremhever Dege¹²⁴ at leasing av eiendeler ikke fremstår som stabilt, med henvisning til en britisk avgjørelse¹²⁵.

Momentet er helt klart en del av omstendighetene rundt overføringen, og bakgrunnen for at det ble tillagt vekt må være at trallene ble overført til Gate Gourmet og ikke SAS. Dersom trallene hadde blitt overlevert til SAS, ville dette vært uten betydning for om det forelå virksomhetsoverdragelse ved identitetsvurderingen, da dette i stedet måtte vært sett på som et utslag av alminnelige formuerettslige prinsipper vedrørende eiendomsretten.

Det kan da stilles spørsmål om det er et krav om at eiendomsretten til aktiva er overført. Dersom det i en anbudskonkurranse fører til at selskap X som tidligere har hatt kontrakten, mister denne til fordel for selskap Y. Hvis Y ikke har tilstrekkelig med

¹²² Se Moen Borgerud, Due, Nordaas og Næss s 74.

¹²³ Se HR-2011-2393 premiss 62

¹²⁴ Se Dege s 767

¹²⁵ Britisk Court of Appeals av 20.07.2006 – Balfour Beatty Power Networks Ltd v Wilcox – Retten kom her til at leaset aktiva ikke kunne anses som overdragers aktiva.

aktiva til å utøve den aktivitet som den er pålagt og således må leie dette av selskap X, hvordan vil dette slå ut på momentets vekt?

Høyesteretts tolkning i «Gate Gourmet» er i overensstemmelse med EU- domstolens forståelse av aktiva som tilhører tredjemann. I «Abler- saken»¹²⁶ som gjaldt drift av storkjøkkenet på et sykehus, hvor sykehuset hadde eiendomsretten til lokalene og de aktiva som ble benyttet for utførelsen av aktiviteten ved kjøkkenet¹²⁷. Retten uttalte at det ikke hadde noen betydning at eiendomsretten ikke var overført¹²⁸. At momentet er relevant følger av EU- domstolens uttalelse. Vekten vil imidlertid være mindre enn ved overføring av aktiva.

7.2.1.1.2 Krav til verdi?

Et annet spørsmål som oppstår er om verdien av de aktiva som kan tilknyttes enhet og som skal overføres. I rettspraksis har dette blitt tillagt vekt. I «Gate Gourmet- dommen» vurderte Høyesterett verdien av tax free varer som var tilknyttet LSG, og som ble overført til Gate Gourmet, opp mot de øvrige «... *fysiske driftsmidlene*...» i LSG og uttalte at tax free varene kun «... *representerte beskjedne verdier*...»¹²⁹. Som følge av dette må de verdiene som skal overføres, sammenlignes med de øvrige aktiva som enheten besitter. Uttalelsen trekker i retning av at verdien av aktiva retter seg mot vekten av momentet. Jo høyere verdi, desto større vekt vil momentet ha.

7.2.1.1.3 Særlig om immaterielle aktiva

Immaterielle aktiva er også omfattet av dette aktivamomentet, men det kan oppstå vanskelige grensespørsmål mellom enheten og hele virksomheten som sådan. Momentet vil kunne ha betydning for både virksomheter som kjennetegnes av aktiva og personell.

¹²⁶ Se Sak C-340/01

¹²⁷ Se sak C-340/01 premiss 40

¹²⁸ Se sak C-340/01 premiss 41 og 42

¹²⁹ Se HR-2011-2393-A premiss 62

Dersom enheten markedsføres utad under ett navn med en bestemt utformet logo, vil det være et moment som trekker i retning at det er en selvstendig enhet. Ved identitetsvurderingen kan det ikke være avgjørende om den overtakende virksomheten fortsetter å bruke navnet og logoen eller ønsker å markedsføre enheten under sitt eget navn. Det springende punkt må være om det kan tilknyttes immaterielle rettigheter til enheten. Dette må gjelde uavhengig av hvem som er rettighetshaver i opphavsrettslig forstand. Det avgjørende må være at de immaterielle rettighetene utgjør en del av enhetens identitet.

7.2.1.1.4 Momentets vekt

Når det gjelder momentets vekt, så er det relativt og kan ikke vurderes isolert. Dersom en større bedrift har drevet en kantine, for så å sette driften bort til et driftsselskap, og overfører i den forbindelse alt dekketøy, men ikke komfyrer, kjøleskap og lignende, vil momentet ha mindre vekt for det tilfellet at komfyrer og kjøleskap ble overført.

7.2.1.2 Personellbasert virksomhet

For virksomheter som kjennetegnes av sitt personell, menes det at personellet som sådan kan utgjøre en selvstendig enhet¹³⁰. Et utgangspunkt vil derfor være å se hen til de kvalifikasjoner og den kompetanse det stilles krav om for å utføre aktiviteten for så å sette dette opp mot enhetens personell. Et eksempel vil være der aktiviteten er renhold, må enheten på selvstendig grunnlag kunne utføre renhold.

Imidlertid må det kreves noe mer enn at personellet kan utføre en aktivitet for at det skal kunne sies å foreligge en selvstendig enhet. Dette er belyst i en rekke avgjørelser fra EU- domstolen, som vist under punkt 5. Det er med andre ord ikke nok at aktiviteten kan opprettholdes, det må kreves noe mer for at de kan utgjøre en enhet.

Hvorvidt en virksomhet karakteriseres av dets personell må avgjøres på bakgrunn av om personellet utgjør virksomhetens hovedsakelige produksjonskilde. Svaret vil da bero

¹³⁰ Se C-13/95 premiss 21

på en konkret vurdering der hvilken type virksomhet det er snakk om, og hvordan denne utøves vil inngå som momenter. Når det ikke anses tilstrekkelig at arbeidstakerne kan utføre en bestemt aktivitet, blir spørsmålet hva som kreves i tillegg.

Mulder skriver følgende om virksomheter som kjennetegnes av personell; *«En transaksjon kan därför i verksamheter som baserar sig på arbetskraft inte vara beroende av att materiella eller immaterielle tilgånger överförs. För att överlåtelsesdirektivet skall vara lempligt, krävs det att hovuddelen av personalstyrkan, i förhållande til såväl antal och kompetens, som särskilt avdelats för denna uppgift har övergått till förvareren»*¹³¹.

Denne uttalelsen har støtte i helhetsvurderingen som foretas i «Süzen- saken»¹³² og «Hidalgo- saken»¹³³, som Mulder også viser til. Det som kan problematiseres her er det forhold at det tilsynelatende er tilstrekkelig at aktiviteten kan fortsette – altså en aktivitetsoverdragelse. Som vist under punkt 4 kan en slik slutning ikke opprettholdes, ettersom praksis fra EU- domstolen nå har beveget seg mot en enhetsoverdragelse. Når Mulder stiller krav til personellens kompetanse og kvalifikasjoner kan det vises til «Scattolon- avgjørelsen» hvor EU- domstolen setter krav til at personellet utgjør en strukturert enhet av ansatte som vist til over.

7.2.1.2.1 Hoveddelen av ansatte

Ved identitetsvurderingen og vurderingen av om det foreligger en selvstendig enhet oppstår spørsmålet om hvem som utgjør den selvstendige enheten. Mulder bruker uttrykket hoveddelen av personalstyrken, noe som tilsier at majoriteten av de ansatte skal overføres. Ved vurderingen av selvstendig enhet, må det også foretas en slik vurdering, og samme utgangspunkt bør legges til grunn. Målestokken må i utgangspunktet være at personellet kan klare å utøve aktiviteten på en stabil måte uten å være avhengig av andre driftsmidler eller andre deler av virksomheten.

¹³¹ Se Mulder s 197

¹³² Se sak C-13/95

¹³³ Se sak C-173/96

Ved identitetsvurderingen må midlertid det kreves at en større del av arbeidstakerne skal overføres. I «Gate Gourmet- dommen» overtok cateringselskapet Gate Gourmet en tredjedel av de ansatte hos LSG¹³⁴. Dette var imidlertid bare et moment i den helhetsvurdering Høyesterett foretok. Høyesterett uttaler at dette taler for at det foreligger en virksomhetsoverdragelse. I «Liikenne- saken» ble 45 ansatte sagt opp som følge av et tapt anbud. 33 av disse fikk imidlertid jobb i det overtagende selskap. Saken gjaldt imidlertid en aktivitet som var svært aktiva basert, nemlig bussdrift. Det overtagende selskap hadde ikke overtatt noen aktiva, og heller ingen andre momenter talte i stor nok grad for at det forelå en enhet.

Et annet spørsmål som oppstår er om det skal tillegges vekt, hvilken stillingsprosent arbeidstakerne har før og etter overføringen. Vil en arbeidstaker som jobber i en 20 % stilling vektlegges på samme måte som en som arbeider 100 %? Det fremkommer ikke i avgjørelsene hvilken stillingsprosent de ansatte som blir overført har hatt. Spørsmålet er ikke endelig besvart¹³⁵. Ved vurderingen av kravet til selvstendig enhet, vil ikke dette spørsmålet ha særlig betydning. Det som da må vurderes er om personellet kan ses på som en selvstendig enhet uavhengig av stillingsbrøk, men det må ses særlig hen til EU-domstolens krav til at de ansatte skal kunne utøve en stabil økonomisk virksomhet.

For midlertidig ansatte vil vurderingen knytte seg opp mot om disse oppfyller kravet til stabilitet. En avdeling som utelukkende består av midlertidig ansatte vil stabilitetskravet sette visse skranker og fort bære preg av en tidsbegrenset aktivitet. Det ligger i vikarbestemmelsenes natur at arbeidet er tidsbegrenset. Det må her ses hen til bakgrunnen for hvorfor personellet er ansatt på tidsbegrensede kontrakter. Norsk rett har forholdsvis strenge vilkår for bruk av midlertidig ansettelse, men endringer er på trappene dersom vikarbyrådirektivet¹³⁶ gjennomføres i norsk rett.

¹³⁴ Se HR-2011-2393 A premiss 62

¹³⁵ Spørsmålet har til en viss grad blitt berørt i sak C-186/83, men i en annen relasjon.

¹³⁶ Se direktiv 2008/104/EF

7.2.1.2.2 Kvalifikasjoner og kompetanse

Som vist til over må personellet kvalifikasjoner vurderes. Det avgjørende er om de er i stand til å utføre en bestemt type aktivitet altså kravet til operasjonalitet. En enhet kan være bygget opp slik at de ansatte innehar ulike kvalifikasjoner for å utøve en bestemt aktivitet. Ved levering av en tjeneste kan mange ansatte utgjøre enkeltelementer i den store sammenhengen. Vurderingen må knytte seg opp til at den selvstendige enheten kan utføre en eller flere aktiviteter. I den forbindelse vil det være nærliggende å se på hvordan arbeidsoppgavene utføres i virksomheten, og om disse kan skille fra hverandre.

Et typisk eksempel er renholdsvirksomhet på en oljeplattform. Renhold må ses på som en sekundærvirksomhet og er ikke nødvendig for at oljeplattformen skal utøve sin hovedfunksjon. Dette har imidlertid ikke betydning. Renholdsvirksomheten kan klart skille seg fra hovedaktiviteten på plattformen, og de ansatte kan utgjøre en egen enhet med et definert ansvarsområde.

Dersom det ikke overføres personell, men personellet likevel er den viktigste produksjonsfaktoren i enheten kan det oppstå spørsmål der omgåelseshensyn har ført til at det overtagende selskap ikke har ønsket å overta de ansatte. Sett at en salmaker har to andre salmakere ansatt hos seg. Salmakeren ønsker å overdra sitt selskap og sier opp sine to ansatte for å redusere kostnadene før transaksjonen. De oppsagte salmakerne går til sak, og hevder at det ikke foreligger saklig grunn til oppsigelse. Her må det være klart at en salmaker kjennetegnes ved sin kunnskap om faget, og salmakerne kjennetegner virksomheten. Skulle man her kommet til at det ikke forelå virksomhetsoverdragelse, for det tilfellet at kun en av tre ansatte fulgte med? Problemet oppstår ved at partene selv råder over rettsfaktumet og dermed også rettsfølgen¹³⁷. En slik slutning har ikke støtte i formålet bak bestemmelsene, og svaret ville blitt at det her forelå en virksomhetsoverdragelse. Eksempelet viser at omgåelseshensyn kan veie opp for at personell ikke overføres. Som sagt i flere dommer og uttalelse fra EU- domstolen,

¹³⁷ Se Mulder s 198

skal alle omstendigheter rundt overføringen vurderes ved avgjørelsen om kravet til selvstendig enhet er oppfylt¹³⁸.

7.2.1.2.3 Krav til uavhengighet?

I «Scattolon- avgjørelsen» kom retten frem til at de ansatte måtte utgjøre en strukturert enhet. Hva som nærmere ligger i dette er usikkert. Langt på vei kan det imidlertid sies på bakgrunn av de øvrige dommene at de ansatte til en viss grad må skille seg fra den øvrige virksomheten, med andre ord må de ha en viss grad av uavhengighet. For å avgjøre hvorvidt enheten er uavhengig kan det for eksempel ses hen til momentet «instruksjonsmyndighet» eller frihet til å utføre aktiviteten enheten bedriver. Videre kan den aktivitet som de ansatte utøver tilsi at den skiller seg ut fra den øvrige virksomheten. Det kan for øvrig vises til punkt 7.2.3.

7.2.1.2.4 Momentets vekt

Vekten av dette momentet er relativt. For virksomheter som kjennetegnes ved personellet vil momentet vil det ha avgjørende betydning at personellet i seg selv utgjør en samling ressurser som er i stand til å utføre en aktivitet.

7.2.2 Organisasjonsform og struktur

Hvilken organisasjonsform virksomheten eller den påståtte selvstendige enheten har er av underordnet betydning. Imidlertid vil dette kunne gi gode holdepunkter ved vurderingen av kravet til selvstendig enhet om den er skilt ut som et eget selskap.

For det tilfellet at alle IT tjenestene i konsernet X er skilt ut i IT AS, og konsernledelsen beslutter å overlate alle IT tjenester til en ekstern leverandør, vil det faktum at IT AS eksisterer som en egen enhet klart tale for at det kan falle inn under virksomhetsoverdragelsesdirektivet. Den nærmere bedømmelsen vil i et slikt tilfelle normalt vedrøre om identiteten er i behold etter overføringen.

¹³⁸ Se blant annet sak C-51/00

Når det gjelder en nedre grense for fast organisasjonsstruktur kan EFTA- domstolens tolkningsuttalelse i «Total- saken»¹³⁹ være av interesse. De ansatte var her organisert i team og spørsmålet var blant annet om dette kunne anses som en noen selvstendig enhet. Domstolen utelukket ikke at direktivet kunne komme til anvendelse i et slikt tilfelle, men påpekte at det ville være vanskeligere å identifisere den enheten som skulle overføres. Dette uttaler retten at det ikke er avgjørende hvilken organisasjonsform som valgt, og at dette ikke kan medføre at direktivet ikke kommer til anvendelse. En slik forståelse må være naturlig og tolkningen er i samsvar med direktivets formål, da en omorganisering lett kunne medført at virksomheter kunne omgått direktivet.

7.2.3 Instruksjonsmyndighet - selvstendighet

I «Scattolon- saken» var det et moment om enheten *«relativt frit og selvstændigt kunne tilrettelægge og udføre sine opgaver, bl.a. gennem instruktioner fra medarbejdere ... som var ansvarlige for koordinering og ledelse»*¹⁴⁰.

Et hierarkisystem er typisk for enheter som baserer sin virksomhet på personell og kompetanse. Momentet vil ha betydning for virksomheter uten en formell organisasjonsstruktur. Med dette menes at en eller flere utgjør en gruppe ledere som kan instruere de øvrige ansatte til å utføre visse oppgaver. Hvilken tittel de ulike medarbeiderne innehar vil være av underordnet betydning, det avgjørende om momentets vekt må være om det har en form for instruksjon.

Utføringen av oppgavene er også et moment. I dette ligger det at jo større frihet den selvstendige enhet har til å utføre sine oppgaver, dess større grad av selvstendighet vil enheten ha. Dette er mest aktuelt for virksomheter som utøver en personellbasert aktivitet eller en kombinasjonsvirksomhet.

Hvor stor grad av frihet enheten har til å utføre sine oppdrag, må vurderes konkret, der man må se hen til typen aktivitet som utøves. I noen bransjer er det naturlig at utøvelsen

¹³⁹ Se sak E-2/04

¹⁴⁰ Se sak C-108/10 premiss 52

av aktiviteten begrenses for eksempel ved vakthold av bygninger. Det kan her sondere mellom oppgavens hovedformål og utførelsen av hovedformålet. Med hovedformål menes for eksempel vakthold ved bygningen, mens utføringen av hovedformålet kan være akkrediteringssjekk av personer som skal inn i bygningen, låse dører og vinduer, overvåke bygningen med kameraer og lignende. Jo større grad av selvstendighet man har ved utførelsen av hovedoppgaven, dess større vekt vil momentet ha i retning av at det foreligger en selvstendig enhet.

7.2.4 Lokalisering

Lokalisering av den del av virksomheten som skal overdras kan være et moment i en helhetsvurdering. Dersom den delen som skal overføres utøver sin aktivitet i et eget bygg uten tilknytning til den resterende del av virksomheten vil dette tale for at det foreligger en selvstendig enhet. Dette momentet vil ikke kunne ha avgjørende vekt.

Dersom den del av virksomheten som skal overdras er lokalisert på et annet geografisk sted enn den resterende virksomheten, for eksempel at virksomhetens IT – avdeling ligger i Bodø, mens den øvrige virksomheten utøves i Bergen, er det et moment som taler for at det foreligger en selvstendig enhet. Noen avgjørende betydning vil ikke dette ha, da utførelsen av denne type aktivitet kan foretas hvor som helst uavhengig av geografisk plassering, men det vil være et moment.

Momentet gjør særlig utslag i om enhetens identitet er i behold. Dersom aktiviteten utføres i de samme lokalene før og etter overdragelsen, er det et moment som klart trekker i retning av at den selvstendige enheten som er overført har bevart sin identitet. Men momentet har ikke like stor vekt ved vurderingen av om det foreligger en enhet før overføringen. Dette kommer imidlertid ikke godt frem i den rettspraksis som finnes. I «Abler- saken» fra EU- domstolen hvor det sentrale spørsmål var om et storkjøkken på et sykehus kunne utgjøre en selvstendig enhet ble blant annet lokalene overtatt av det nye storkjøkkenselskapet Sodhexo. Dette kom retten frem til at var et moment for at det ble overtatt en selvstendig enhet.

At dette var et moment i den større helhetsvurderingen viser at det er vanskelig å stille opp konkrete momenter i vurderingen av om det foreligger en selvstendig enhet før overdragelsen. At lokalene blir overtatt var i dette tilfellet en etterfølgende begivenhet – altså en konsekvens av overføringen. En annen metodisk fremgang ville vært å vurdere de aktiva som forelå før overføringen for så å se om disse ble overført. Dersom lokalene ble overført vil det knytte seg til om den selvstendige enhets identitet er i behold.

7.2.5 Den overdragende aktivitets omfang

Et moment som er nevnt i de norske avgjørelsene «Gate Gourmet- dommen» og «Kranfører- dommen» er aktivitetens omfang. Momentet har særlig betydning hvor det utøves en aktivitet som innbefatter flere oppdrag som i anbudssituasjoner eller der aktiviteten er en integrert del av en større virksomhet.

I «Gate Gourmet- dommen» arbeidet de ansatte i LSG med flere kontrakter. Den desidert største kontrakten var med SAS, og SAS skulle være LGS «mot favoured customer»¹⁴¹.

I «Kranfører- dommen» var det utslagsgivende for lagmannsretten at kranførerne ikke utførte kranarbeidene på egen hånd. Kranarbeidene ble utført ved at flere andre hjalp til, med blant annet å feste de innretninger som skulle flyttes, samt fungere som signalgivere. Dommen kan kritiseres for å ha lagt så stor vekt på at aktiviteten omfattet flere forhold. Ser man på den bestemte oppgaven kranførerne så var det å losse av og på, samt flytte materiell på plattformen må dette sies å være primæroppgaven.

Et annet moment i dommen var at kranførerne ikke kunne utføre løft uten bistand fra andre ansatte i boretaket. At en enhet utfører en integrert oppgave er ikke til hinder for anvendelse av virksomhetsdirektivet. Imidlertid oppstår det problemer ved vurderingen av om enheten kan utføre sin aktivitet uten å gjøre bruk av andre deler av virksomheten. Dette peker således på uttalelsen i «Jounini- saken», slik at resultatet i avgjørelsen fortsatt kan forsvares.

¹⁴¹ Se HR-2011-2393-A premiss 58

Ved spørsmål om hvilken vekt momentet har, må det også ses hen til hva som er praktisk mulig i en virksomhet. I produksjonsbedrifter kan det ikke forlanges at de ansatte utelukkende utfører arbeid på en bestemt kontrakt. Dersom en leketøysfabrikk produserte varer til fem selskap, hvor kontrakten med selskap X utgjorde 80% av produksjonen. Arbeidene vil være utført av hele virksomheten som sådan, slik at det ikke eksisterte egne avdelinger for produksjon av leker til de bestemte kontraktspartene. Dersom selskap X bytter leketøysprodusent, med den følge at 80 % av driftsgrunnlaget opphører, vil det være urimelig å si at dette ikke faller inn under virksomhetsoverdragelsesbestemmelsene fordi hele virksomheten som sådan arbeidet med alle kontraktene. Dette vil i så fall gi arbeidsgiver gode muligheter for å unngå å komme i en situasjon der bestemmelsene blir omfattet.

7.2.6 Omgåelsesmoment

Det kan stilles spørsmål om omgåelseshensyn skal vektlegges i helhetsvurderingen. Svaret må bero på om omgåelseshensynet er en del av de omstendigheter som forelå før overføringen. For de disposisjoner som bærer preg av å unngå direktivets bestemmelser må momentet ha relevans.

Det vil stride mot direktivets formålsbestemmelser dersom dette momentet ikke skulle tas i betraktning ved vurderingen av om det foreligger en selvstendig enhet. Spørsmålet om momentets vekt må avgjøres ut i fra en konkret vurdering. Dersom det er foretatt disposisjoner som fremstår som saklige og praktiske for den situasjon som forelå før overføringen vil momentet måtte antas å ha liten vekt.

En interessant bemerkning kom førstvoterende med i «Gate Gourmet- dommen»¹⁴². Høyesterett antyder at Gate Gourmet kun ansatte en tredjedel av de ansatte i LSG for å omgå virksomhetsoverdragelsesbestemmelsene. Høyesterett kom til at dette ikke kunne tillegges vekt som et moment i helhetsvurderingen. Begrunnelsen for dette syn kommer

¹⁴² Se Gate Gourmet premiss 68

ikke godt frem, men kan gi uttrykk for at det tilligger Gate Gourmet å vurdere sitt eget behov for antall ansatte.

7.2.7 Tidsmomentet

Tidsmomentet vil ha mindre betydning ved vurderingen av kravet til selvstendig enhet isolert sett. Men i en helhetsvurdering kan det spille inn. Dersom det tar overføringen strekker ut i tid, kan det tale for at den selvstendige enhet er opphørt.

Hvorvidt tidsmomentet skal tillegges vekt, vil bero på selve begrunnelsen for utsettelsen. Dersom begrunnelsen er at man ønsker å unngå at direktivet skal komme til anvendelse, vil det tale for at tidsmomentet ikke skal tillegges særskilt vekt. Motsatt hvis utsettelsen skyldes utenforliggende årsaker eller har en saklig begrunnelse ut i fra de konkrete omstendighetene.

8 Konklusjon

Utviklingen i rettspraksis har vist at EU- domstolen har endret sin tolkning fra aktivitetsoverdragelse til enhetsoverdragelse, noe som medførte presiseringen i rådsdirektivets artikkel 1.1b og aml. § 16-1 første ledd annen setning. Dette tilsier at det ikke er tilstrekkelig at aktiviteten overføres, det kreves noe mer. Målestokken for om det foreligger en selvstendig enhet er om det gjelder en organisert helhet av elementer som har til hensikt å utøve en økonomisk aktivitet på en stabil måte. Stabilitetsvilkåret retter seg som sagt både til aktiviteten og enheten som sådan.

Avhandlingen har vist at det kan skilles mellom to typer enheter som overføres. For det første er det enheter med en fast organisasjonsstruktur. Slike enheter utgjør forholdsvis klart selvstendige enheter. For det andre er det virksomheter uten en slik fast organisasjonsstruktur. Det da bli tale om en selvstendig enhet på annet grunnlag enn organisatoriske rammer. Den nærmere vurderingen av om det er en selvstendig enhet som blir overført må etter begge grunnlag basere seg på en konkret helhetsvurdering hvor en rekke momenter spiller inn.

Praksis fra EU- domstolen og Høyesterett har vist at det i de tilfeller hvor det må vurderes om det foreligger en selvstendig enhet på operasjonelt grunnlag, oppstilles et tilleggsvilkår om at enheten må være i stand til å utføre en bestemt aktivitet som er karakteristisk for enheten selv. Som følge av dette, har praksis vist at det ikke stilles særlig strenge krav til om det foreligger en selvstendig enhet.

Når det gjelder tidspunktet for vurderingen av om det foreligger en enhet må dette bero på om det som faktisk overføres kan utgjøre en selvstendig enhet. Ved vurderingen av identitetsvilkåret må det foretas en enda bredere vurdering, hvor også momenter som forelå forut for selve virksomhetsoverdragelsen spiller inn. Et slikt skille kommer ikke klart frem i rettspraksis.

Langt på vei kan det etter dette sies at EU- domstolens formålstolkning fører til en utvisking av enhetskravet, med den følge at spørsmålet om det foreligger en selvstendig enhet må bero på en konkret skjønnsmessig helhetsvurdering. I «Gate Gourmet-dommen», synes Høyesterett å ha lagt til grunn en slik vurdering. Den samme forståelsen har støtte i EU- domstolen praksis. Dette kan trekke i retning av at kravet til selvstendig enhet ikke er et selvstendig grunnlag for å avgjøre om aml. § 16-1 og rådsdirektivets art. 1.1.b. kommer til anvendelse. Den rettspraksis som foreligger trekker i retning av at spørsmålet om det foreligger en virksomhetsoverdragelse skjer etter en konkret helhetsvurdering, hvor hva som faktisk er tatt over av den overtakende virksomhet er det sentrale.

Kravet til selvstendig enhet vil da ikke ha noen betydning. Ved kun å vurdere hvilke omstendigheter som har fulgt med over, synes vurderingen av om det foreligger en enhet nærmest illusorisk. Når EU- domstolen likevel foretar enda en presisering i sin hittil siste avgjørelse «Scattolon- saken», tyder det på at det likevel må stilles visse krav til enheten. Dette har også tilslutning i den praksis som det er vist til under punkt 4.1.

Et interessant poeng er da at Høyesterett uttaler at kravet til selvstendig enhet er et selvstendig vilkår, men foretar likevel en helhetsvurdering hvor også

identitetsvurderingen inngår¹⁴³. Momentene som inngår i disse to vurderingene er stort sett de samme, men ved å ikke dele drøftelsen av vilkårene opp, kommer det ikke klart frem om det forelå en selvstendig enhet.

Slik rettskildesituasjonen er i dag, kan det synes slik at kravet til selvstendig enhet behandles sammen med identitet. Ved en slik tolkning vil man ikke avgrense enheten på noen måte. Retten vil da foreta en bedømmelse om det som er overført kan fremstå som en enhet på bakgrunn av formålet bak reglene – er det i realiteten samme aktivitet med tilnærmet samme personell og aktiva etter overføringen. I «Gate Gourmet- dommen» synes det å ligge til grunn en slik tankegang. Det faktum at det ikke ble overtatt aktiva var trolig utslagsgivende for at man kom til at det ikke forelå noen virksomhetsoverdragelse.

For både arbeidstaker og overdrager og det overtakende selskap vil det være vanskelig å forutberegne sin rettsstilling. For norsk retts del følger dette av «Gate Gourmet- dommen». Når de vilkår som tradisjonelt har vært oppstilt får så flytende grenser at det er vanskelig å skille disse, vil vurderingen være svært uklar for arbeidstakere og ledelsen i selskap uten juridisk kompetanse.

På en annen side kan det da hevdes at kravet til selvstendig enhet er et vilkår ved overdragelse av virksomheter med organisatoriske rammer. For virksomheter uten slike rammer er spørsmålet om det kan foreligge en selvstendig enhet på et annet grunnlag. Dette spørsmålet er blitt besvart bekreftende både av Høyesterett og EU- domstolen. Vurderingen vil da være avhengig av både identitetsvilkåret og kravet til selvstendig enhet, slik at disse må ses i sammenheng.

For å gi arbeidslivets aktører en mulighet til å forutberegne sin rettsstilling, bør praksis fra domstolene, klarlegge rammene for de to grunnlagene bedre. Dette gjelder spesielt kravet om selvstendig enhet på operasjonelt grunnlag. En ny sak om dette tema bør presisere om kravet til selvstendig enhet i det hele tatt er et selvstendig vilkår, da dagens rettstilstand på bakgrunn av «Gate Gourmet- dommen» er uviss.

¹⁴³ Se HR-2393-2011-A premiss 47 sml. premiss 55

9 Litteraturliste

9.1 Lovgivning

Lov av 17 juni 2005, «*Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.*»

Lov av 27. november 1992, «*Lov om gjennomføring av norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske samarbeidsområdet (EØD) m.v.*» i kraft 1. januar 1994

Lov av 1977 nr 4, «*Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø mv.*» Opphevet (versjon av 1998 – 04 – 30)

Lov av 30. mai 1975, «*Sjømannslov*»

Lov av 13. august 1915, «*Lov om domtolene*»

9.2 Forarbeider

NOU:2005 nr. 4, «*Arbeidslovutvalget. Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst*»

Ot.prp. 79 (2000-2001), Om lov om endringer i lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (virksomhetsoverdragelse m.m.)

9.3 EU/ EØS regelverk

EUs rådsdirektiv 2008/104/EF, «*om vikararbejde*», av 19. november 2008

EUs rådsdirektiv 2001/23/EF, «*om tilnærming af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder eller bedrifter eller af dele af virksomheder eller bedrifter*», av 12. mars 2001

KOM (2000), «*Forslag til Rådets direktiv om tilnærming af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder eller bedrifter eller dele af virksomheder eller bedrifter – (kodificeret udgave)*», av 2. mai 2000

«Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol»,
av 2. mai 1992.

9.4 Litteratur

Klingsten, Mette. «Ansættelsesretslige aspekter ved virksomhetsoverdragelse», 1.
utgave, 1. opplag. København, 2002

Jakhelln, Henning; Aune, Helga; Kroken, Nina; Lenth, Claude A. «Arbeidsrett.no
kommentar til arbeidsmiljøloven», 3. utgave. Oslo, 2011

Mulder, Bernard Johan, «Anställningen vid verksamhetsövergång», 1. utgave, Lund,
2004

Andersen, Lars Svenning; Vejby, Bjarke; Jørgensen, Jeppe Høyer, «Lov om
Lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse med kommentarer»,
København, 2009

Dege, Jan Tormod, «Den individuelle Arbeidsrett, Del I», 1. utgave, Oslo, 2009

Fougner, Jan; Holo, Lars, «Arbeidsmiljøloven Kommentarutgave», Oslo, 2006

Sejersted, Fredrik; Arnesen, Finn; Rognstad, Ole-Andreas, m.fl., «EØS- rett», 3. utgave,
Oslo, 2011

9.5 Rettspraksis

9.5.1 Høyesterett

Hr-2011-2393-A

HR-2011-2275-U

Rt. 2006 s. 71

9.5.2 Lagmannsrettsavgjørelser

RG 2011 s. 873

9.5.3 EU- domstolen

Sak C-108/10, Ivana Scattolon mot Ministero dell'Istruzione, dell'Universita e della Ricerca.

Sak C-466/07, Dietmar Klarenberg mot Ferrotron Technologies GmbH

Sak C-458/05, Mohamed Jouini, m.fl. mot Princess Personal Service GmbH (PPS)

Sak C-340/01, Carlito Abler m.fl. mot Sodexo MM Catering Gesellschaft mbH.

Sak C-51/00, Temco Service Industries SA mot Samir Imzilyen and Others.

Sak C-172/99, Oy Liikenne Ab mot Pekka Liskojarvi og Pentti Juntunen

Sak C-127/96, C-229/96 og C-74/97, Francisco Hernandez Vidal SA mot Prudencia Gomez Perez m.fl.

Sak C-13/95, Ayse Suzen mot Zehnacker Gebauderenigung GmbH Sak
Krankenhausservice, biintervenient: Lefarth GmbH

Sak C-48/94, Ledernes Hovedorganisation som mandatar for Ole Rygaard mot Dansk Arbejdsgiverforening som mandatar for Strø Mølle Akustik A/S

Sak C-171/94, Albert Merckx (C-171/94) og Patrick Neuhuys (C-172/94) mot Ford Motors Company Belgium SA

Sak C-392/92, Christel Schmidt mot Spar-und Leihkasse der fruheren Ämter
Bordesholm, Kiel und Cronshagen.

Sak C-29/91, Dr. Sophie Redmond Stichting mot Hendrikus Bartol m.fl.

Sak C-186/83, Arie Botzen mfl. Mot Rotterdamche Droogdok Maatschappij BV

Sak C-283-81, Srl CILFIT og Lanificio di Gavardo SpA mot Sundhedsministeriet

9.5.4 Britisk domstol

Britisk Court of Appeals av 20.07.2006 – Balfour Beatty Power Networks Ltd v Wilcox

9.6 EFTA- domstolen

Sak E-2/04, Reidar Rasmussen m.fl. mot Total E&P Norge AS

Sak E-2/96, Jørn Ulstein og Per Otto Røyseng mot Asbjørn Møller

Sak E-3/96, Tor Angeir Ask m.fl. mot ABB Offshore Technology AS og Aker Offshore Partner AS

9.7 Disposisjoner

Holo, Lars, «*Overdragelse av del av virksomhet: Vilkår om selvstendig enhet hos overdrageren - og hos erververen?*», Artzen de Besche, Oslo, 2012

9.8 Artikler

Jetlund, Martin, «*Arbeidsrett og arbeidsliv, Bind 4, side 295: Arbeidstakerens tilhørighet ved overdragelse av del av virksomhet*», Oslo, 2010

9.9 Annet

Offisielt fra statsråd 18. november 2011,
<http://www.regjeringen.no/nb/dep/smk/aktuelt/offstatsraad/2011/offisielt-fra-statsradet-18-november-201.html?id=663612> , hentet 18. april 2012

Komentarutgaven fra Rettsdata, «*Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.*»,
www.rechtsdata.no, hentet 24. april 2012